STELLVERTRETUNG IM BESITZ.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Gottfried Aschmoneit
aus Beeskow.

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock
1931

Referent: Professor *Dr. Walsmann.*

Dem Andenken meines Vaters,

des Regierungsbaurats Franz Aschmoneit!

Literaturverzeichnis.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerbe in ArchBürgR., 17. Bd., S. 1 ff., 1900.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht, in Jherings J., 48. Bd., S. 101 ff., 1904.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., in Gruch. Beitr., 42. Jg., S. 645 ff., 1898.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Jherings J., 34. Bd., S. 1 ff., 1894.

Derselbe, Aphorismen zur Besitzlehre, in Bernhöft-Binder Beitr., 1. Heft, 1902.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 3. Buch: Sachenrecht, 3. Aufl., 1914.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach bürgerlichem Recht, 1. Teil, 1901.

Bondy, Der Besitzrechtssatz, in Jherings J., 77. Bd., S. 320 ff., 1927.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 1910.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Abtlg., 7. u. 8. Aufl., 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. Bd., 1902, 3. Bd., 1898.

Dnistrjanskyi, Dingliche und persönliche Rechte, in Jherings J., Bd. 78, S. 87 ff., 1927.

Draganesco, Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach römischem Recht und bürgerlichem Recht, 1916.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Abtlg., Sachenrecht, 8. u. 9. Aufl., 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. Abtlg., Einleitung, Allgemeiner Teil, 1928.
2. Bd., 1. Abtlg., Sachenrecht, 1927.

Fleck, Der Bote, im ArchBürgR., Bd. 15, S. 337 ff., 1898.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgb., 13. Aufl., 1927.

Förtsch, Sind nach dem Rechte des BGB. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen

der von ihnen vertretenen Personen? in Gruchots Beitr., 43. Jg., S. 545 ff., 1899.
Geißler, Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache, in JW. 1905, S. 520.
Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Sachenrecht, 1905.
Derselbe, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897.
v. Gierke, Bürgerliches Recht. Sachenrecht, in Enzykl. d. Rechts- u. Staatswiss. v. Kohlrausch, 9. Bd., 1925.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, 2. Bd., 1. Abtlg., 1912.
Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1924.
Hellmann, Besprechung von Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, in KrVJSchr., S. 104 ff., 50. Bd., 1912.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Allgem. Teil, 1926.
Derselbe, Das Recht auf Besitz (§ 1007 BGB.), in Meckl. Ztschr. f. Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung, 1928, 5. Heft, S. 259 ff.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900.
Jung, Bürgerliches Recht, in „Das gesamte Deutsche Recht" in systematischer Darstellung, hrsg. von Stammler, 1931.
Jhering, Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode, 1889.
Kaemmerer, Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1908.
Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, 1900.
Kohler, Vertrag und Übergabe im ArchBürgR., Bd. 18, S. 1 ff., 1900.
Kreß, Besitz und Recht, 1909.
Krückmann, Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts, in ArchCivPrax., Bd. 108, S. 179 ff., 1911.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. H., 1904.
Last, Fragen der Besitzlehre, in Jherings J., Bd. 63, S. 71 ff., 1913.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Jherings J., Bd. 36, S. 1 ff., 1896.
Leonhard, F., Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899.
Leonhard, R., Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, 1900.
Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz unter Verwertung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre, 2. Bd., 1923.
Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Bd., Sachenrecht, 1925.
Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1906.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.
Derselbe, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
Mengelkoch, Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB., in Jherings J., Bd. 76, S. 53 ff., 1925.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, Sachenrecht, Amtl. Ausg., 1896.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 u. 3, 1899.
Müller-Erzbach, Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, in Jherings J., Bd. 53, S. 331 ff., 1908.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., Sachenrecht, 4. Aufl., 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. u. 5. Bd., 1899.
Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, in Jherings J., Bd. 50, S. 323 ff., 1906.
Derselbe, Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, in JW. 08, S. 395 ff.
Pudor, Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? in JW. 05, S. 314 ff.
Regelsberger, Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in Jherings J., Bd. 44, S. 393 ff., 1902.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 3. Bd., Sachenrecht, 6. Aufl., 1928.

Rohde, Studien im Besitzrecht, I, II, XV, XVIII, XX, XXI, XXIII, 1908/13.
Rosenberg, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., Sachenrecht, 1. Halbbd., 1919.
Rotering, Aus der Lehre vom Besitz, im ArchBürgR., Bd. 27, S. 55 ff., 1905.
Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im BGB., in ArchCivPrax., Bd. 93, S. 131 ff., 1902.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., 1865.
Schindler, Der Besitzerwerb durch Stellvertreter, Diss. Breslau, 1926.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, 1. Teil, 1900.
Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, 2. Bd., 1907: Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1925.
3. Bd., Sachenrecht, 1. Teil, 9. Aufl., 1926.
Stintzing, Besitz, Gewere, Rechtsschein, in ArchCivPrax., Bd. 109, S. 347 ff.
Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsgeschäft? in ArchBürgR., Bd. 26, S. 149 ff.
Strohal, Sachbesitz nach dem BGB., in Jherings J., Bd. 38, S. 1 ff., 1898.
Thiesing, Mittelbarer Besitz, im ArchBürgR., Bd. 20, S. 240 ff., 1901.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. H., 1914, 2. Bd., 2. H., 1918.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 1. Bd., Sachenrecht des BGB., 1900.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., 1927.
Wendt, Besitz und Besitzwille, in der Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen, 1907.
Derselbe, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, im ArchCivPrax., Bd. 87, S. 40 ff., 1897.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl., 1906.
Zitelmann, Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, in Jherings J., Bd. 70, S. 1 ff., 1921.

Einteilung.

Seite

Einleitung 1

A) Grundlagen.

I. Besitz.

1. Der Besitzbegriff des BGB. 2
2. Die Rechtsnatur des Besitzes 16
3. Besitzerwerb und -verlust und deren Rechtsnatur 19

II. Das Wesen der Stellvertretung 21

B) „Stellvertretung im Besitz".

I. Die Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen (§§ 164 ff.) auf den Erwerb und die Beendigung des Besitzes durch Stellvertreter, und zwar beim unmittelbaren Besitz

1. im Falle der §§ 854 Abs. 1, 856 24
2. im Falle des § 854 Abs. 2 28

II. Ausschluß der Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen auf den Erwerb, die Erhaltung und die Beendigung des Besitzes bei der Besitzdienerschaft und dem mittelbaren Besitz.

1. Allgemeines 36
2. Das Wesen der Besitzdienerschaft und seine Bedeutung für die Stellvertretung im Besitz.
   a) Die Voraussetzungen der Besitzdienerschaft:
      α) objektive 38
      β) subjektive 46
   b) Besitzerwerb durch Besitzdiener 48
   c) Verlust des durch Besitzdiener gehaltenen Besitzes 57
3. Mittelbarer Besitz als Fall der Stellvertretung im Besitz 60
   a) Begriffsbestimmung 60
   b) Die Voraussetzungen der Besitzvermittlung 62
   c) Die Entstehung des mittelbaren Besitzes . . 69
   d) Beendigung des mittelbaren Besitzes . . . 76

Einleitung.

Das Problem der Stellvertretung im Besitz hat seinen Ursprung zu einem erheblichen Teil in der Uneinigkeit über grundlegende Fragen der Lehre vom Besitz und von der Stellvertretung. Man streitet über das Wesen der Stellvertretung nicht weniger als über den Begriff und die Rechtsnatur des Besitzes und des Besitzerwerbes. Die Folge ist, daß die auf dem schwankenden Boden ungeklärter Probleme aufgebaute Lehre von der Stellvertretung im Besitz eines einheitlichen Gefüges ermangelt, so daß die Zahl der bestrittenen Probleme auf diesem Gebiet, verglichen mit der Zahl der grundlegenden Streitfragen, potenziert erscheint.

Dieser Umstand zeitigt eine eigentümliche Zweiteilung der Aufgabe insofern, als ihre Lösung von der Beantwortung verschiedener Grundfragen abhängig ist, die einerseits im Besitzrecht, andererseits in der Stellvertretungslehre auftreten. Diese Grundfragen betreffen, soweit man sie kurz benennen kann

1. Begriff, insbesondere Bedeutung des Willensmomentes im Begriff des Besitzes und Rechtsnatur des Besitzes,
2. Wesen der Stellvertretung.

Durch Beantwortung dieser Fragen gewinnen wir die Grundlage für die Stellungnahme zu dem Hauptproblem der Lehre von der Stellvertretung im Besitz: der Frage nach der Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen im Besitzrecht des BGB.

A. Grundlagen.

I. Besitz.

1. Der Besitzbegriff des BGB.

Das BGB. enthält sich einer Definition des ihm zugrunde liegenden Besitzbegriffes und bezeichnet lediglich in den §§ 854, Abs. 1 und 856 Abs. 1 die Voraussetzungen für die Begründung und die Beendigung des Besitzes, nämlich die Erlangung oder die freiwillige Aufgabe oder den sonstigen Verlust der tatsächlichen Gewalt. Daraus hat man mit Recht gefolgert, daß Besitz und tatsächliche Gewalt kongruente Begriffe seien; denn wenn Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und durch ihren Wegfall beendet wird, so folgt daraus, daß Besitzer einer Sache derjenige ist, der die tatsächliche Gewalt über sie hat, und daß unter Besitz die Innehabung der tatsächlichen Gewalt zu verstehen ist[1]). Demgegenüber hat man darauf hingewiesen, daß, wenn Besitz und tatsächliche Gewalt zu identifizieren wären, der § 854 Abs. 1 eine „Trivialität" enthielte. Diese Vorschrift würde dann nichts anderes besagen als, daß die tatsächliche Gewalt über eine Sache durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über diese erworben werde[2]). Es ist dann auch mehrfach die An-

---

1) So Bartels, S. 649; Biermann 1a vor § 854; Dernburg, § 11, 1; Eck-Leonhard, § 1, 1; Goldmann-Lilienthal, § 1, 1; Kniep, S. 2; Planck, 3 vor § 854; Rohde, I, S. 42 ff., XXIII, S. 10; Rosenberg, 2 vor § 854.

2) Bekker, Aphorismen, S. 16; Binder, S. 47; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 25, Note 18; Schloßmann, 1. Bd., Seite 30.

sicht vertreten worden, daß das Gesetz in dieser Vorschrift mit Besitz nicht eine Tatsache, sondern nur den Inbegriff der an den tatsächlichen Zustand geknüpften rechtlichen Folgen gemeint habe. Verhielte es sich wirklich so, so wäre aber nicht einzusehen, warum das Gesetz für den Besitz als Tatsache und für die aus ihm hervorgehenden Rechtsfolgen dieselbe Bezeichnung gewählt haben und warum dann in den genannten Paragraphen nicht geradezu von den Rechtsfolgen oder den Rechtswirkungen des Besitzes die Rede sein sollte. Weiter spricht dagegen folgende Überlegung: die begriffliche Vorstellung von dem mit Besitz bezeichneten Tatbestand ist im Laufe der rechtsgeschichtlichen Entwicklung ständigen Schwankungen unterworfen gewesen. Daraus ergab sich die Notwendigkeit, dem BGB. im Interesse der Rechtssicherheit und einer eindeutigen Normengestaltung einen Besitzbegriff mit festumgrenzten Inhalt zugrunde zu legen. Zwar konnte dieses Ziel wegen der Vielgestaltigkeit des Besitztatbestandes nicht durch eine Legaldefinition erreicht werden — es mag daran erinnert werden, daß ein Antrag, der dieses bezweckte, abgelehnt wurde [3]) — jedoch wird der Kommission bei der Beratung der einzelnen den Besitz betreffenden Vorschriften, in ganz besonderem Maße aber bei der Abfassung der unter der Überschrift „Besitz" zusammengefaßten Gesetzesbestimmungen wohl eine stets gleichbleibende Vorstellung von dem Begriff des Besitzes vorgeschwebt haben. Dieser Begriff, bei dessen Gestaltung in erster Linie auf die wichtigste Rechtswirkung des Besitzes, den Besitzschutz, Rücksicht genommen wurde, ist der in den §§ 854 Abs. 1 und 856 Abs. 1 verwendete. Besitz soll also hier nichts weiter heißen als Besitz im — später zu erläuternden — Sinne des geltenden Rechts. Obwohl also Besitz und tatsächliche Gewalt identische Begriffe sind, enthalten die §§ 854 Abs. 1 und 856 Abs. 1 nicht die behauptete „Trivialität"; sie besagen vielmehr etwas durchaus nicht Selbstverständliches und etwas im Vergleich zum bisherigen Recht gänzlich Neues, nämlich, daß der Besitz im Sinne des BGB. als Quelle für die an ihn geknüpften Rechtswirkungen lediglich durch

---

3) Protokolle, 3. Bd., S. 35.

die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und durch den Verlust derselben beendet wird [4]).

Der Besitz im juristisch-technischen Sinne ist also die Innehabung der tatsächlichen Gewalt.

Es ist aber bestritten, ob zum Besitzbegriff des BGB. außer der tatsächlichen Gewalt noch weitere Merkmale gehören, insbesondere ob dem Willensmoment im Besitzbegriff des geltenden Rechts noch irgendwelche Bedeutung zukommt. Man sollte meinen, daß der alte Streit um die sogenannte Subjektivitätstheorie Savignys und die von Ihering begründete Objektivitätstheorie durch das BGB. klar entschieden worden sei, daß aus dem BGB. eine endgültige Absage an die Theorie Savignys von jedermann herausgelesen werden müsse. Indessen findet sich immer noch die Meinung, daß der Besitzwille neben dem Zustand der tatsächlichen Gewalt begriffsnotwendiges Element des Besitzes sei [5]). Gegen diese Auffassung sprechen zunächst

---

4) Übereinstimmend Biermann, 1 vor § 854; Goldmann-Lilenthal, § 1, 1; Kniep, S. 2; Rohde I, S. 42 ff., XXIII, S. 10; Rosenberg, 2 vor § 854.

5) So Bruns, S. 59; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 5 III; der jedoch einen generellen Willen als ausreichend ansieht; Dernburg, 3. Bd., § 1; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 34; Kreß, S. 133 und S. 146 ff.; Landsberg, § 170, I, 1e, bb; Loewenwarter zu § 854; Rohde II, S. 1 ff., der aber annimmt, daß das BGB. Ausnahmen zuläßt, indem es einen willenlosen Besitz fingiert; RGK. 3 zu § 854; Sokolowski, S. 242 ff.; Wendt, Besitz und Besitzwille, S. 79 ff.; Windscheid-Kipp I, S. 655; Wolff, § 10 II; v. Staudinger I, 2 zu § 854 nimmt an, daß das Gesetz den Besitzwillen in allen Fällen, in denen ein schutzbedürftiges Machtverhältnis besteht, als selbstverständlich voraussetzt. Daneben soll in vereinzelten Ausnahmefällen auch Besitz ohne Besitzwillen möglich sein; Zitelmann, S. 21; RGZ. Bd. 106, S. 136. Wie hier Aravantinos, S. 105, S. 125; Affolter, S. 1 ff.; Bartels, S. 646; Bekker, S. 28 f.; Biermann, 3 zu § 854; Bondy, S. 356 ff.; Crome, 3. Bd., § 344 IIb; Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., § 115 I; derselbe, Fahrnisbesitz, S. 4 und Anm. 4; Goldmann-Lilienthal, § 1, 1 und Anm. 2 zu § 1; F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 69 f.; Manigk, WE. und WG., S. 549 ff.; derselbe, Anwendungsgebiet, S. 204; Planck, 2 zu § 854; Rosen-

die bisherigen Ausführungen, aus denen zu entnehmen ist, daß lediglich die Erlangung der tatsächlichen Gewalt zur Begründung (§ 854) und der Verlust dieser Gewalt zur Beendigung (§ 856) erforderlich ist. Ein weiteres Erfordernis wird vom Gesetz aber nicht aufgestellt. Auch die Entstehungsgeschichte der §§ 854 ff. enthält schwerwiegende Argumente gegen die bekämpfte Meinung. Der Besitzbegriff des BGB. entspricht der „Inhabung" des EI. Lediglich der Ausdruck „Inhabung" wurde von der Kommission für die zweite Lesung durch „Besitz" ersetzt. Die Inhabung wurde aber nach § 797 EI. durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Die Motive bemerken dazu, daß „der Doktrin die Nachweisung unbenommen" bleibe, „daß doch in allen Fällen des possessorischen Schutzes ein Inhabungswille herausgefunden werden könne" [6]). Sie empfehlen aber selber, „von der Aufstellung des Erfordernisses des Inhabungswillens besser gänzlich abzusehen, als dieses Erfordernis behufs Vermeidung von Härten zu verflüchtigen" [7]). Diesen Ausführungen liegt der Gedanke zugrunde, daß auch dasjenige tatsächliche Gewaltverhältnis einer Person zur Sache, das ohne Willen und auch ohne Wissen der herrschenden Person entstanden ist, unter Umständen im Interesse der Sicherheit des Verkehrs und des Rechtsfriedens zu schützen sei. Da dieser Inhabungsbegriff des ersten Entwurfs von der Kommission für die zweite Lesung übernommen wurde und lediglich eine redaktionelle Änderung insofern erfuhr, als man den Ausdruck „Inhabung" durch „Besitz" ersetzte, so sind die den Inhabungswillen betreffenden Ausführungen der Motive in gleicher Weise für den Besitzwillen des BGB. zu beachten. Überdies wird derselbe Gedanke nochmals in den Protokollen zum Ausdruck gebracht [8]). Die Annahme des Besitzwillens als selbständiges und notwendiges Element des Besitzbegriffes neben dem Zustand der tatsächlichen Gewalt

---

berg I, 2 zu § 854; Strohal, S. 66; Warneyer, 3. Bd., 1 zu § 854.

6) Motive, 3. Bd., S. 81.

7) Motive, 3. Bd., S. 81.

8) Protokolle, 3. Bd., S. 30 f.

widerspricht also nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, sondern ist auch nicht aus der Entstehungsgeschichte des Besitzbegriffes der §§ 854 ff. und den sonstigen den Besitz betreffenden Vorschriften des BGB. abzuleiten.

Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß der Besitzwille im BGB. zu völliger Bedeutungslosigkeit verurteilt ist. Besitz ist, wie schon nachgewiesen wurde, tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache. Was aber diese tatsächliche Gewalt ist, ob sie insbesondere auch ohne den Willen oder gar ohne Wissen der herrschenden Person denkbar ist, bedarf noch einer Prüfung.

Stützt man sich auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens, so wird im einzelnen Falle die Beantwortung der Frage nach dem Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt keine nennenswerten Schwierigkeiten bieten, indessen scheitert der Versuch, den Tatbestand der tatsächlichen Gewalt auf eine einheitliche Formel zu bringen, an der Mannigfaltigkeit seiner Erscheinungsformen; sowohl die räumliche Nähe als auch die Möglichkeit der körperlichen Einwirkung sind weder notwendig noch ausreichend. Der Begriff der tatsächlichen Gewalt ist, wie Wolff[9]) zutreffend bemerkt, ein elementarer, er kann als solcher nur nach der Verkehrsanschauung beurteilt werden. Daher kann man die tatsächliche Gewalt nicht in Anlehnung an Savigny[10]) eng formalistisch als den Zustand charakterisieren, „in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann". Die Fähigkeit der körperlichen Einwirkung auf die Sache wird oft durch die Beschaffenheit oder die räumliche Entfernung der Sache unmöglich sein, ohne daß eine Lösung des Gewaltverhältnisses stattgefunden hat. Insofern ist die Savigny'sche Definition des Besitzbegriffes für das geltende Recht zu eng. Man kann Savigny aber auch deshalb nicht mehr beitreten, weil er das Bestehen des Besitzes davon abhängig macht, daß die herrschende Person in der Lage ist, fremde Einwirkungen auf die Sache zu verhindern. Kein

9) Sachenrecht, § 5 III.
10) a. a. O., S. 26.

Zweifel ist, daß das Vorhandensein des Besitzes nicht stets dann geleugnet werden muß, wenn der Besitzer nicht in der Lage ist, seinen Besitzstand gewaltsam gegen jeden Angriff zu verteidigen, denn die Klage aus § 861 setzt ja gerade voraus, daß ein anderer in der Lage ist, eine stärkere Einwirkung auf die Sache auszuüben als der bisherige Besitzer, und daß er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht[11]). Sollte aber Savigny wie heute Staudinger[12]), mit der Fähigkeit der Verhinderung fremder Einwirkungen nicht so sehr die physische als die rechtliche Möglichkeit gemeint haben, so würde dies zu der von Goldmann-Lilienthal[13]) mit Recht kritisierten Auffassung der Protokolle[14]) führen, daß jedes possessorisch geschützte Verhältnis der Person zur Sache als Besitz zu bezeichnen sei. Es ist mit dieser Erkenntnis für die Definition des Besitzes oder des Begriffs der tatsächlichen Gewalt nichts gewonnen. Über das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt kann im einzelnen Falle nur nach den Anschauungen des Verkehrs und des täglichen Lebens entschieden werden. Der Begriff der tatsächlichen Gewalt läßt sich deshalb, und weil seine Erscheinungsformen zu mannigfaltig sind, nicht in eine allgemeine Formel pressen; wobei nicht in Abrede gestellt werden soll, daß sich gewisse, sehr allgemein gehaltene Grundsätze finden lassen[15]).

Zu den verschiedenartigen Erfordernissen und Erscheinungsformen der tatsächlichen Gewalt gehört in erster Linie auch der Wille, die Gewalt auszuüben; jedoch darf dieser Wille nicht als ein notwendiger Bestandteil des Begriffs der tatsächlichen Gewalt angesehen werden; denn dieses Beziehungsverhältnis kann, wie die folgenden Beispiele beweisen, auch ohne einen darauf gerichteten Willen des Erwerbers hergestellt werden. So erlangt z. B. der Besitzer einer Wohnung die tatsächliche Gewalt über die in

---

11) So auch Wolff, § 5 III; Rosenberg, I, 1 zu § 854 u. a.

12) I, 1 zu § 854.

13) § 1, 1 Anm. 4.

14) 3. Bd., S. 28.

15) So auch Rosenberg, I, 1 a—e zu § 854.

seinen Briefkasten eingeworfenen Briefe, der Automatenbesitzer oder der Aufsteller einer Sammelbüchse über die Geldstücke, die bestimmungsgemäß in den Automaten oder die Büchse gelangen, ohne daß bei diesen Personen ein bestimmter Erwerbswille ausdrücklich in Erscheinung zu treten braucht. In diesen Fällen wird allerdings regelmäßig noch ein genereller Wille, der durch die Anbringung des Briefkastens, die Aufstellung des Automaten oder der Sammelbüchse zum Ausdruck kommt, vorhanden sein. Ein solcher Wille fehlt dem Erwerber aber gänzlich, wenn ihm ein Gegenstand in die Tasche gesteckt wird, oder wenn jemand ein Buch, das er einem Freund schenken will, ohne dessen Wissen dessen Bibliothek einreiht. Man wird nicht leugnen können, daß in diesen Fällen tatsächliche Gewalt über die Sachen und damit Besitz ohne Wissen und Willen erworben ist. Dagegen wird es schon zweifelhaft sein, ob Besitz erworben wird, wenn der Zustand der tatsächlichen Gewalt lockerer ist, wenn nur ein loses Band zwischen der Person und der Sache geknüpft wird, etwa, wenn das Buch nur an irgendeinem Platz der Wohnung, wo es sobald nicht entdeckt werden kann, oder nur in einem Wagen oder dem Schiff des Erwerbers niedergelegt wird, oder gar, wenn eine Sache ohne Willen und Wissen des Grundstücksbesitzers auf dessen Acker gebracht wird. Je stärker die körperlichen Beziehungen der Person zu der Sache sind, umso eher wird eine tatsächliche Sachherrschaft ohne den Willen der herrschenden Person begründet; je lockerer sich diese Beziehungen gestalten, um so mehr ist dem Willensmoment Beachtung zu schenken. Dieses ist wohl für die im einzelnen Fall zu entscheidende Frage, ob tatsächliche Gewalt vorhanden ist, die einzige Gesetzmäßigkeit, die zwischen dem rein körperlichen Verhältnis der Person zur Sache und dem Willen, die Sachherrschaft auszuüben, herausgefunden werden kann. Sie ist in dieser allgemeinen Form kein präziser Maßstab für die Entscheidung der Frage, ob in concreto die vom BGB. als tatsächliche Gewalt bezeichnete Sachherrschaft begründet worden ist, sie erhellt aber die Stellung und die Bedeutung des Willensmomentes im geltenden Besitzrecht.

Was über die Vielgestaltigkeit der Besitzerwerbstat-

bestände und den Tatbestand des Besitzes selbst gesagt ist, gilt in gleicher Weise auch für den Tatbestand der Besitzbeendigung; denn der Besitz wird durch den freiwilligen oder unfreiwilligen Verlust der tatsächlichen Gewalt beendigt. Wann dieses der Fall ist, entscheidet die Verkehrsauffassung. Die Beendigungsmöglichkeiten sind so vielgestaltig, daß auch hier, ebenso wie für die Begründung der tatsächlichen Gewalt, eine allgemeine Formel nicht gefunden werden kann. So lange der Besitzer „in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben", bleibt der Besitz bestehen; der bloße Wille, den Besitz aufzugeben, beendet den Besitz, abgesehen von dem Fall des § 854 Abs. 2, nicht.

Die Begriffsbestimmung stützte sich bisher lediglich auf die in den §§ 854 Abs. 1 und 856 enthaltenen Bestimmungen über Erwerb und Verlust des Besitzes. Die weitere Untersuchung wird ergeben, ob sich die bisherigen Ausführungen mit den Vorschriften der übrigen, das Besitzrecht behandelnden Bestimmungen, insbesondere mit den §§ 854 Abs. 2, 855, 857 und 868 vereinbaren lassen, oder ob, wie vielfach behauptet wird, das Wort „Besitz" in mehrfacher Bedeutung gebraucht wird, daß also eine „Homonymie" in dem von Wolff, Endemann u. a. m. [16]) behaupteten Sinne vorliegt. Es ist bereits oben des Näheren ausgeführt worden, daß der in den § 854 Abs. 1 und 856 verwendete Besitzbegriff ein rein juristisches Gebilde ist. Für den Nichtjuristen ist Besitz und Eigentum erfahrungsgemäß ein Begriff. Besitz ist daher nicht ein Begriff, den das Leben und der Verkehr geschaffen haben, sondern in dem vom BGB. verwendeten Sinne ein juristisch-technischer Begriff, der von der Rechtswissenschaft nach mehrfachen Wandlungen, die er im Laufe der Rechtsgeschichte erfahren hat, in der heutigen Gestalt ausgebildet worden ist. Ihn verwendet das Gesetz in den §§ 854 Abs. 1 und 856. Im Folgenden soll untersucht werden, ob das Wort „Besitz" auch in den sonstigen,

---

16) Wolff, § 3 II; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 25, Anm. 15.

das Besitzrecht behandelnden Vorschriften in demselben Sinne gebraucht wird, d. h. ob der Besitz stets (z. B. auch im Falle des § 857) an seine tatsächlichen Voraussetzungen geknüpft ist.

Hinsichtlich des sogenannten konsensualen Besitzerwerbs (§ 854 Abs. 2) erscheint es fraglich, ob der nach Maßgabe dieser Vorschrift erworbene Besitz als tatsächliche Gewalt im Sinne der bisherigen Ausführungen bezeichnet werden kann. Es entspricht durchaus der Auffassung des Verkehrs, die Begründung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache nicht allein von einer Veränderung in den rein räumlichen und rein körperlichen Verhältnissen der Person zur Sache abhängig zu machen. Der Besitz im Sinne des BGB. ist, wie Cosack[17]) zutreffend bemerkt, „ein vergeistigtes Beziehungsverhältnis“[18]). Der Erwerb und die Ausübung des Besitzes ist nicht nur durch physische Gewalt, sondern auch durch andere, insbesondere durch die von der Rechtsordnung gewährten Machtmittel möglich. Diese „Vergeistigung“ beruht auf der historischen Entwicklung des Besitzbegriffes. Ursprünglich war die possessio ebenso wie die Gewere an die rohe körperliche Gewalt geknüpft; daneben wurden aber schon frühzeitig auch andere als rein physische Machtverhältnisse als Sachherrschaft anerkannt, besonders im deutschen Recht. Es sei nur an die mehrfache Gewere des Verpächters und Pächters, des Lehnsherrn und Lehnsmannes erinnert. Im Zuge dieser Entwicklung liegen weiter die Vorschriften des ALR. (I. Teil, 7. Titel, §§ 6, 7, 70—73) über den vollständigen und unvollständigen Besitz und schließlich die Bestimmungen der §§ 854 Abs. 2, 855, 856 Abs. 2, 857, 868 BGB. Man streitet darüber, ob diese Vorschriften zu dem im § 854 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatz in dem Verhältnis einer Ausnahme zur Regel stehen, oder ob sich etwa der Erwerber im Falle des § 854 Abs. 2, der Besitzherr, der Erbe und der mittelbare Besitzer in einem Verhältnis zu der Sache befinden, das ebenfalls als tatsächliche Gewalt

---

17) Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 4 II.
18) Ebenso Sokolowski, S. 302.

bezeichnet werden kann[19]). Wenn die in den genannten Paragraphen angeführten Tatbestände — so argumentieren die Vertreter der ersten Ansicht — vom Verkehr als tatsächliche Gewaltverhältnisse angesehen werden, hätte es dieser Bestimmung nicht bedurft, da sie ja unter die Vorschrift des § 854 Abs. 1 zu subsumieren wären. Indessen ist die Vorstellung des Verkehrs vom Zustand der tatsächlichen Gewalt kein gleichbleibender und fest

---

19) So bezüglich des § 854, Abs. 2; Aravantinos, S. 127; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 4 II, 2; Kreß, S. 316; Landsberg II, § 170 II; Planck, 3 zu § 854; Rohde I, S. 44, XV, S. 40; Rosenberg, 2 vor § 854; v. Staudinger V zu § 854; Windscheid-Kipp, S. 697. a. A. Biermann, 1a vor § 854; Bruns, S. 92; Manigk, WE. und WG., S. 661 ff.; Schloßmann, 1. Bd., S. 30.

Bezüglich des § 855: Biermann, 1 zu § 855; Planck, 1 zu § 855; Maenner, S. 125 f.; Rohde I, S. 44, XX, S. 2; Rosenberg 2 vor § 854, I, 1 zu § 855; Warneyer zu § 855. a. A. Landsberg II, § 170, I, 2; Leonhard, Fahrniserwerb, S. 63; Schloßmann, 1. Bd., S. 30; Thiesing, S. 240.

Bezüglich des § 857: Rosenberg; 2 vor § 854, 1 zu § 857. a. A. Bekker, Aphorismen, S. 17 ff.; Biermann, 1a vor § 854, 1b zu § 857; Binder, S. 45 ff., insbesondere S. 47; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 25 Anm. 15 und 18; Kreß, S. 186 ff.; Landsberg, 2. Bd., § 170 II, 2; Planck, 2 zu § 857; Rohde, I, S. 53 ff.; XVIII, S. 6 ff., XXIII, S. 10; Schloßmann, 1. Bd., S. 30; v. Staudinger I, 1 zu § 857; Windscheid-Kipp, S. 696 f.; Turnau-Förster, 1 zu § 857; Wolff, § 4, II, 3, § 12, I, 4.

Bezüglich des § 868: Gierke, Deutsches Privatrecht, § 164, III, 5; derselbe, Fahrnisbesitz, S. 7, Anm. 15; Crome, 3. Bd., § 345, insbesondere Anm .9 zu § 345; Landsberg, 2. Bd., § 172, 1; Planck, 7 zu § 868; Rosenberg, 2 vor § 854, III, 2 zu § 868; Turnau-Förster, 1 zu § 868; Sokolowski, S. 249 f.; v. Staudinger, IVa zu § 868; Warneyer, I zu § 868; Wolff, § 8, I, 1 und III. a. A. Biermann, 1a vor § 854, 1b zu § 868; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 32, 1; Goldmann-Lilienthal, § 1, 4; Maenner, S. 126 ff.; Müller-Erzbach, S. 362; Rohde, I, S. 59 ff., XXI, S. 1 f.; Wendt in Arch.Ziv.Prax. Bd. 87, S. 43; derselbe, Besitzwille, S. 100 f.; Thiesing, S. 241.

umgrenzter Begriff; sie verändert sich ständig mit dem Fortschreiten der Wissenschaft und Technik. Die hochentwickelte Technik unserer Zeit ermöglicht es uns, in vielen Fällen eine Sachherrschaft zu begründen, deren Herstellung uns in früheren Zeiten unter denselben Umständen nicht möglich war [20]). Hieraus allein ergibt sich die Wandelbarkeit des auch aus manchen anderen Gründen veränderlichen Begriffs der tatsächlichen Gewalt. Deshalb war es im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung notwendig, den Inhalt der tatsächlichen Gewalt nach gewissen Richtungen hin festzulegen und abzugrenzen, was in den §§ 854, Abs. 2, 855, 856 Abs. 2 und 868 geschehen ist [21]).

Es interessiert hier neben den für die Stellvertretung im Besitz besonders bedeutungsvollen §§ 855 und 868, auf die noch weiter unten ausführlich eingegangen wird, zunächst der Tatbestand des Besitzerwerbs durch Einigung über den Besitzübergang nach Maßgabe des § 854 Abs. 2. Auch heute noch herrscht bekanntlich die Meinung, daß es sich in diesen Gesetzesbestimmungen um eine rechtsgeschäftliche Einigung handelt, woraus dann auf die Anwendbarkeit der Vorschriften über Vertretung bei der Abgabe einer Willenserklärung geschlossen wird. Der Besitzerwerb vollzieht sich im Falle des § 854 Abs. 2 ohne Veränderung der körperlichen Beziehungen zwischen dem Erwerber und der Sache. Es fehlt hier gänzlich das in der Regel erforderliche körperliche Moment, der „Apprehensionsakt", oder anstelle dessen irgendeine andere Veränderung der räumlichen Verhältnisse, dennoch wird der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben; denn tatsächliche Gewalt beruht nicht allein auf roher körperlicher Gewalt, sondern ist auch durch andere als rein physische Machtmittel herstellbar. Die Möglichkeit der Gewaltausübung über eine Sache allein hat den Besitzerwerb ebensowenig zur Folge wie die bloße Einigung über den Übergang, falls der Erwerbende nicht auch in der Lage ist, die Gewalt auszuüben; denn Besitz ist eine Tatsache und kann

20) Vgl. hierzu Sokolowski, S. 294 ff.
21) Vgl. Protokolle, 3. Bd., S. 29.

als solche nicht lediglich durch Einigung übertragen werden. Beides zusammen aber, die Möglichkeit willkürlicher Einwirkung auf die Sache und der Konsens des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, schafft ein so starkes Beziehungsverhältnis zwischen dem Erwerber und der Sache, daß der Verkehr und mit ihm das Gesetz keinen Anstand nehmen, die Begründung einer tatsächlichen Gewalt durch den Erwerber und damit den Übergang des Besitzes als vollendet anzusehen[22]). § 854 Abs. 2 steht also zum Abs. 1 dieses Paragraphen nicht im Verhältnis einer Ausnahme zur Regel, sondern ist vielmehr, wie die Motive sagen[23]), nur eine „Bestimmung erklärender Natur". Besitz bedeutet hier ebensowenig wie in den §§ 854 Abs. 1 und 856 Abs. 1 den Inbegriff der mit der Sachherrschaft verbundenen Rechte, wie Wolff[24]) und andere behaupten, sondern ist in diesem Zusammenhange nicht anders als im Abs. 1 des § 854 als Besitz im Rechtssinne zu verstehen.

Eine Ausnahmestellung kommt jedoch dem Besitzbegriff des § 857 zu. Solange der durch Erbgang überkommene Besitz vom Erben nicht tatsächlich ergriffen worden ist, kann auch von einem tatsächlichen Gewaltverhältnis nicht die Rede sein; denn die Raumbeziehung als solche kann naturgemäß nicht vererbt werden. Daß mithin im § 857 unter Besitz nicht die tatsächliche Gewalt für sich allein verstanden werden kann, erscheint von vornherein klar[25]). Wenn das Gesetz davon spricht, daß der Besitz auf den Erben übergeht, kann es nicht den Übergang der Sachherrschaft im Auge haben. Mit Recht weist Wolff darauf hin, daß das Gesetz zur Anordnung einer

---

22) So Aravantinos, S. 127; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 4 II, 2; Kreß, S. 316; Landsberg, II, § 170 II; Planck, 3 zu § 854; Rohde, I, S. 44, XV, S. 40; Rosenberg, 2 vor § 854; v. Staudinger, V zu § 854; Windscheid-Kipp, S. 697, a. A. Biermann, 1a vor § 854; Bruns, S. 92; Manigk, WE. und WG. S. 661 ff.; Schloßmann, 1. Bd., S. 30.

23) 3. Bd., S. 93.

24) Sachenrecht, § 3 II.

25) v. Staudinger, I, 1, zu § 857.

solchen tatsächlichen Folge ohnmächtig ist, und daß sie auch der gemeinen Lebensanschauung, die zum Urteil über die Herrschaftsvoraussetzungen berufen ist, widersprechen würde. Niemals kann, während ein Nichterbe als Erbe erscheint, dem wahren Erben eine „Sachherrschaft" zugesprochen werden, und die rückwirkende Kraft der Zerstörung jenes Scheins gehört nicht der Welt der tatsächlichen Begebenheiten an[26]). Wenn danach auch die Beziehung des Erben nicht unbedingt Sachherrschaft zu sein braucht, so bleibt sie doch immer Besitztatbestand[27]).

Eine weitere Konsequenz der Vergeistigung des Besitzbegriffes ist es, daß nicht immer derjenige, der dem äußeren Anscheine nach die Gewalt über eine Sache ausübt, vom Gesetz als Besitzer anerkannt wird, sondern nur demjenigen der Besitz zugesprochen wird, der auf Grund seiner rechtlichen Position eine stärkere Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache hat als der bloße „Inhaber" der Sache, der Besitzdiener, und der darüber hinaus kraft seiner rechtlichen und sozialen Stellung einen so weitgehenden Einfluß auf den Inhaber der Sache auszuüben vermag, daß dieser nur noch als sein Werkzeug erscheint[28]).

Ob auch der mittelbare Besitz wahrer Besitz ist, ob also auch dem mittelbaren Besitzer neben dem Besitzmittler jene Herrschaftsgewalt zusteht, die bisher als be-

---

26) Wolff, § 12, I, 4.

27) Im wesentlichen übereinstimmend Bekker, Aphorismen, S. 17 ff.; Biermann, 1a vor § 854, 1b zu § 857; Binder, S. 45 ff., insbes. S. 47; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 25, Anm. 15 und 18; Kreß, S. 186 ff.; Landsberg, 2. Bd., § 170 II, 2; Planck, 2 zu § 857; Rohde, I, S. 53 ff., XVIII, S. 6 ff., XXIII, S. 10; Schloßmann, 1. Bd., S. 30; v. Staudinger, I, a zu § 857; Turnau-Förster, I zu § 857; Windscheid-Kipp, S. 696 f.; Wolff, § 4, II, 3, § 12, I, 4. a. A. nur Rosenberg 2 vor § 854, 1 zu § 857.

28) So auch die herrschende Meinung: Biermann, 1 zu § 855; Maenner, S. 125 f.; Planck, 1 zu § 855; Rohde, I, S. 44, XX, S. 2; Rosenberg, 2 vor § 854, I, 1 zu § 855; Warneyer zu § 855. a. A. Landsberg, II, § 170, I, 2; Leonhard, Fahrniserwerb, S. 63; Schloßmann, 1. Bd, S. 30; Thiesing, S. 240.

griffsnotwendiges Element des Besitzes bezeichnet wurde, ist lebhaft bestritten. Eine derartige Gleichstellung des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers drängt uns die Frage auf, wie diese Vorstellung mit der bereits im römischen Recht [29]) als logisch unmöglich verworfenen Lehre von der possessio plurium in solidum vereinbar ist. Verwirft man die Möglichkeit einer possessio plurium in solidum, so muß man schon aus logischen Gründen die Unmöglichkeit eines gleichgearteten unmittelbaren und mittelbaren Besitzes bejahen. Sokolowski [30]), der den Satz von der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum bekämpft, läßt es leider an einem logischen Beweis seiner Behauptung fehlen und versucht, seine Ansicht auf die diesbezügliche geschichtliche Entwicklung des Besitzbegriffes zu stützen. Überzeugend ist aber die Beweisführung Cromes [31]). Mittelbarer und unmittelbarer Besitzer, sagt Crome, üben nicht dieselbe Herrschaft aus. Der ursprüngliche Besitzer habe nur einen Teil seiner Herrschaftsgewalt auf den Besitzmittler übertragen, sein Besitz sei anders geartet als der des letzteren. Hierin liegt der Grund für die logische Möglichkeit einer possessio plurium in solidum [32]). Der mittelbare Besitz ist nicht eine Fiktion, wie Wendt [33]) und andere behaupten, sondern wahrer Besitz, nämlich tatsächliche Gewalt. Die Beziehungen des mittelbaren Besitzers zur Sache sind zwar nur rechtlicher Natur; in einem geordneten Staatswesen sind aber derartige Beziehungen auch eine tatsächliche Erscheinung, denn die Zwangsmittel der ordentlichen Gerichte gewähren dem mittelbaren Besitzer jederzeit innerhalb der Grenzen des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses die Möglichkeit der physischen Einwirkung auf die Sache [34]).

---

29) D. 41. 2. 3. 5.

30) a. a. O., S. 251.

31) 3. Bd., § 345, 10, Anm. 10, § 349, Anm. 3.

32) Ähnlich auch Dernburg, 3. Bd., § 13, 3 und Endemann ,2. Bd., 1. H., § 32, Anm. 7.

33) ArchCivPrax. Bd. 87, S. 49.

34) Im wesentlichen derselben Meinung: Gierke, Dt. Privatrecht, § 164, III, 5; derselbe, Fahrnisbesitz, S. 7, Anm. 15; Crome, 3. Bd., § 345, insbes. Anm. 9 zu § 345; Landsberg,

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ist hervorzuheben, daß der Besitz — von der Ausnahme des § 857 abgesehen — stets mit seiner tatsächlichen Grundlage verbunden bleibt. Besitz ist, wie Rosenberg[35]) sagt, „das vom Verkehr geschaffene und anerkannte, von der Rechtsordnung geregelte und geschützte Verhältnis tatsächlicher Macht über eine Sache". Die Erscheinungsformen der tatsächlichen Gewalt sind so mannigfaltig, daß es ein unmögliches Unterfangen wäre, sie im Gesetze einzeln aufzuzählen oder auch nur Richtlinien für die Auslegung dieses Begriffes zu geben. Das Gesetz hat es daher der Wissenschaft und Praxis überlassen, diesen, dem Verkehr entnommenen Begriff mit dem richtigen Inhalt auszustatten, hat aber diesen Inhalt in gewissen Beziehungen im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung und der Sicherheit des Verkehrs nach verschiedenen Richtungen hin festgelegt.

2. Die Rechtsnatur des Besitzes.

Neben der Klarheit über den Besitzbegriff ist für das Verständnis der den Gegenstand dieser Abhandlung bildenden Fragen die Erkenntnis der rechtlichen Natur des Besitzes ein unentbehrliches Erfordernis; denn die unmittelbare Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsgrundsätze im Besitzrecht ist nur denkbar, wenn der Besitzerwerb oder die Besitzbeendigung als Rechtsgeschäfte zu charakterisieren wären. Rechtsgeschäfte können diese Vorgänge aber nur sein, wenn der Besitz

---

2. Bd., § 172, 1; Planck, 7 zu § 868; Rosenberg, 2 vor § 854; III, 2 zu § 868; Turnau-Förster, 1 zu § 868; Sokolowski, S. 249 f.; v. Staudinger, IVa zu § 868; Warneyer, I zu § 868; Wolff, § 8, I, 1 und III. a. A. Biermann, 1a vor § 868, 1b zu § 868; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 32, 1; Goldmann-Lilienthal, § 1, 4; Maenner, S. 126 ff.; Müller-Erzbach, S. 362; Rohde, I, S. 59 ff., XXI, S. 1 f.; Wendt in ArchCivPrax. Bd. 87, S. 43; derselbe, Besitzwille, S. 100 f.; Thiesing, S. 241.

35) 2 vor § 854.

selbst ein Recht ist. Die Meinungsverschiedenheiten über das erwähnte Problem haben ihren Grund zum Teil schon in der Uneinigkeit über den Begriff des subjektiven Rechts.

Wollte man mit Ihering jedes „rechtlich geschützte Interesse" als ein subjektives Recht bezeichnen, so wäre der Besitz zweifellos ein Recht. Indessen ist der Begriff des subjektiven Rechts nicht unbestritten. Die Erörterung aller diesbezüglichen Theorien würde zu weit vom Wege abführen. Es mag daher genügen, wenn das subjektive Recht als eine durch die Rechtsordnung begründete Macht zum Zwecke der Verwirklichung menschlicher Interessen charakterisiert wird, deren Geltendmachung vom Willen des Begünstigten abhängt. Inhalt dieser Macht kann die Befugnis sein, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung von einem anderen oder jedem Menschen zu verlangen und schließlich auch eine Vielheit solcher Befugnisse, wobei allerdings nicht die Gesamtheit der Befugnisse selbst das Recht bilden, sondern vielmehr ein Mutterrecht zu denken ist, aus dem sich die einzelnen Befugnisse herleiten. Ein solches Recht ist zweifellos das Eigentum. Es wird nun vielfach, so vor allem von Wolff[36]), behauptet, daß sich zwischen dem Besitz als Tatsache und seine rechtlichen Folgen in derselben Weise wie beim Eigentum ein Recht schiebe, aus dem sich die einzelnen Rechtsfolgen des Besitzes, die Rechte und Pflichten des Besitzers, in gleicher Weise wie die Rechte und Pflichten des Eigentümers herleiten lassen. Zur Begründung dieser Ansicht wird zunächst angeführt, daß sich die Rechtsnatur des Besitzes aus den §§ 854 und 856 herleiten ließe, und daß diese Bestimmungen, wenn Besitz nicht ein subjektives Recht wäre, eine „Trivialität" enthielten. Dieses Argument dürfte aber, wie bereits im vorhergehenden Abschnitt ausgeführt worden ist[37]), nicht stichhaltig sein. Gegen die Behauptung, daß Besitz deshalb ein subjektives Recht sein müsse, weil das Gesetz seine Vererblichkeit vorschreibe, und nur Rechte und Pflichten, nicht Tatsachen vererbt wer-

36) a. a. O., § 3, III.
37) Siehe oben, S. 2 ff.

den können, spricht vor allem der Umstand, daß, wenn Besitz ein Recht wäre, die Vererblichkeit des Besitzes bereits aus § 1922 gefolgert werden müsse. Das Gesetz hätte sich dann also im § 857 eine sinnlose Wiederholung zu Schulden kommen lassen[38]). Für die hier vertretene Ansicht spricht auch der Umstand, daß in den §§ 268, 1414, 1462, 1533, 1537 Abs. 2 der Gegensatz zwischen Besitz und Recht besonders charakteristisch hervorgehoben wird. Die Besitzstörungsansprüche (§§ 859 ff.) könnten zwar als Ausfluß eines Besitzrechts gedacht werden, jedoch ist ihr Vorhandensein kein zwingender Beweis für die behauptete rechtliche Natur des Besitzes; denn auch Rechtsgüter werden vom Gesetz geschützt (so z. B. Leben, Freiheit und Gesundheit, § 823 Abs. 1), und auch Rechtsverhältnisse erzeugen Ansprüche (z. B. familienrechtliche Rechtsverhältnisse, Vaterschaft, Schwägerschaft etc.), ohne dadurch selbst zum Recht zu werden.

Jedoch wird es keiner weiteren Begründung bedürfen, daß der Besitz im Hinblick auf die mit ihm verknüpften rechtlichen Folgen als ein Rechtsverhältnis bezeichnet werden muß, sofern man unter Rechtsverhältnis jedes rechtlich bedeutsame und vom Recht geregelten Lebensverhältnis versteht[39]).

---

38) Es soll nicht bestritten werden, daß Ansprüche, die aus dem Besitz herzuleiten sind, etwa die Ansprüche aus den §§ 861, 862, 867 oder auch aus § 1007, als einem Mutterrecht entstammend gedacht werden können. Das Mutterrecht wäre dann aber nicht für alle diese Ansprüche ein gemeinsames, wie das Eigentum für sämtliche Ansprüche aus dem Eigentum, es könnte sich vielmehr nur um einzelne solche Rechte, also etwa um ein Mutterrecht aus § 861 oder um ein solches aus § 862 usw. handeln (ähnlich Henle: „Das Recht auf Besitz" (§ 1007 BGB.) in Meckl. Ztschr. f. Rechtspfl., Rechtswiss., Verw. 1928, 5. Heft, S. 259 ff.). Ein sämtlichen Besitzansprüchen gemeinsames Mutterrecht, ein Besitzrecht schlechthin, ist jedoch aus den dargelegten Gründen nicht vorstellbar.

39) So z. B. Bekker, Aphorismen, S. 16; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 25, 1 und 5 c.

3. Besitzerwerb und -verlust und deren Rechtsnatur.

Für die Frage, ob man den Besitzerwerb und die Besitzbeendigung ein Rechtsgeschäft, eine Rechtshandlung oder einen Realakt nennen will, kommt es darauf an, welchen Inhalt man diesen Begriffen zulegt. Unter Rechtsgeschäften sollen hier die auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Privatwillensäußerungen oder richtiger, Handlungen, denen ein zur Vollendung gelangter Erfolgswille wesentlich ist, verstanden werden[40]). Es gehören hierher also auch Willensäußerungen, die nicht zum Zwecke der Kundgebung vorgenommen werden, aus denen aber auf das Vorhandensein des Willens geschlossen werden kann, Rechtshandlungen (i. e. S.) sind dagegen rechtmäßige, d. h. erlaubte Akte, die sich auf ein Rechtsverhältnis beziehen und Rechtswirkungen selbst dann herbeiführen, wenn ein hierauf gerichteter Wille nicht vorhanden ist. Bei ihnen ist es also unerheblich, ob überhaupt ein Wille vorhanden ist und ob ein eventuell bestehender Wille auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist. Unter Realakten dagegen sollen rechtmäßige Vorgänge verstanden werden, die einen tatsächlichen Erfolg herbeiführen und ohne stets in Willens- und Vorstellungsäußerungen zu bestehen, Rechtswirkungen nach sich ziehen[41]).

Unter Zugrundelegung dieser Begriffsbestimmungen und der bisherigen Ausführungen über die Erfordernisse des Besitzerwerbs und der Besitzbeendigung erscheint es nicht zweifelhaft, daß diese beiden Vorgänge nichts anderes als Realakte sein können. Solange man mit der hier vertretenen Auffassung den Besitzwillen nicht als notwendiges Element des Besitzerwerbs- und Besitzbeendigungstatbestandes ansieht, ist für die Gruppe der willenlosen Besitzerwerbs- und -aufgabehandlungen schon von vornherein klar, daß es sich hier weder um Rechtsgeschäfte, noch um Rechtshandlungen, vielmehr nur um Realakte handeln kann. Der Besitzwille aber, soweit ein solcher überhaupt vorhanden ist, richtet sich immer auf das Erlangen oder

40) Manigk, WE. und WG., S. 639.
41) Vgl. Enneccerus, 1. Bd., 1. Abtlg., § 128, III, 3.

Aufgeben der Sachherrschaft, also auf die Herbeiführung eines tatsächlichen, nicht rechtlichen Erfolges. Ein etwa vorhandener Wille, den Besitzschutz oder sonstige an den Besitz geknüpfte Vorteile zu erlangen, darf nicht mit einem rechtsgeschäftlichen Erfolgswillen, der geeignet wäre, die rechtliche Natur des Besitzerwerbs zu beeinflussen, verwechselt werden; er ist lediglich ein Motiv für die Bildung des auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Besitzwillens. Der Eintritt der mit dem Besitz verbundenen rechtlichen Wirkungen erfolgt unabhängig, ja unter Umständen sogar gegen den Willen des Subjekts, sofern nur der Besitz irgendwie hergestellt ist. Das bedeutet, daß der Besitzerwerb weder zu den Rechtsgeschäften, noch zu den Rechtshandlungen, wohl aber zu den Realakten gezählt werden muß.

Aus demselben Grund muß auch die Besitzbeendigung als Realakt bezeichnet werden; denn soweit bei derselben überhaupt ein Wille vorhanden ist — bei dem unfreiwilligen Besitzverlust fehlt er gänzlich oder es ist sogar ein entgegenstehender Wille vorhanden — hat er auch nur die Veränderung tatsächlicher, mit Rechtsfolgen ausgestatteter Verhältnisse, nicht dagegen die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges zum Inhalt.

Ob der konsensuale Besitzübergang durch Einigung (§ 854 Abs. 2) denselben rechtlichen Charakter aufweist, wie ein Besitzerwerb nach Maßgabe des § 854 Abs. 1, ist allerdings sehr bestritten, doch geht, wie bereits oben nachgewiesen[42]), im Falle des § 854 Abs. 2 nicht nur die Rechtsstellung des Besitzers, sondern auch die tatsächliche Gewalt von dem bisherigen Besitzer auf den Erwerber über. Der Wille der Parteien hat diese Veränderung des tatsächlichen Zustandes zum Gegenstand; deshalb kann von einem rechtsgeschäftlichen Erfolgswillen und einem Rechtsgeschäft nicht die Rede sein[43]). Wenn trotzdem die Ansicht vertreten wird und sogar überwiegend vertreten wird, daß die Einigung in diesem Falle ein Rechtsgeschäft sei, so hat diese Meinung ihren Grund in der Annahme, daß

---

42) Siehe oben S. 12 ff.

43) v. Tuhr, 2. Bd., 1. H., § 48 II 1b.

ein Besitzerwerb dieser Art nicht tatsächliche Gewalt verschaffe, daß es sich hier also um eine Ausnahme von dem Prinzip des § 854 Abs. 1 handele[44]).

II. Das Wesen der Stellvertretung.

Für die Erkenntnis des Wesens der Stellvertretung und für die Erforschung der den Gegenstand dieser Abhandlung bildenden Fragen erscheint es besonders bemerkenswert, daß die ersten Ansätze zur Entwicklung der modernen Stellvertretungslehre im Besitzrecht des römischen Rechts zu suchen sind. Nur zögernd, und zwar nur für den Besitzerwerb und den dadurch vermittelten Rechtserwerb anerkannte man im römischen Recht das Handeln mit Wirkung für einen Dritten. Die Bildung von Stellvertretungsnormen für die Vertretung bei der Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung und ihre Ausdehnung auf weite Gebiete des rechtsgeschäftlichen Verkehrs blieb späteren Jahrhunderten vorbehalten. Damit war aber auch das Problem gegeben. Wie steht es, so fragte man sich, mit der Anwendbarkeit dieser für die Rechtsgeschäfte gefundenen Normen auf die Vertretung bei den Rechtshandlungen (i. w. S.) im allgemeinen und auf die Stellvertretung im Besitz im besonderen. Der § 801 des EI., der die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte auf einen von dem Vertreter vorgenommenen Erwerb vorsah, wurde von der Kommission für die zweite Lesung mit der Begründung gestrichen, daß, „auch ohne eine solche Bestimmung die Analogie nicht verkannt werden würde“[45]). Damit war dem Streite der Meinungen, der auch heute noch nicht geschlichtet ist, wieder Tür und Tor geöffnet.

Die Antwort auf die streitige Frage kann nur gegeben werden, wenn man sich außer über Begriff und rechtliche Natur des Besitzes, seines Erwerbs und Verlustes, auch über das Wesen der Stellvertretung im klaren ist.

---

44) So z. B. auch Biermann, 7b zu § 854; Bruns, S. 92; Loewenwarter, zu § 854.

45) Protokolle, 3. Bd., S. 33.

Vertretung im Sprachgebrauch des täglichen Lebens ist nicht gleichbedeutend mit der Vorstellung, die man im Rechtsleben mit diesem Wort verbindet. Der Nichtjurist beschränkt den Begriff nicht auf das rechtsgeschäftliche Handeln, er versteht ganz allgemein darunter das Handeln jemandes anstelle eines anderen mit dem Erfolg, daß dieselben Wirkungen hervorgebracht werden, wie wenn der andere selbst gehandelt hätte. Es mag schon jetzt darauf hingewiesen werden, daß im Geltungsbereich des BGB. von „Stellvertretung im Besitz" nur in dieser Sprachbedeutung des täglichen Lebens die Rede sein kann [46]).

Das BGB. spricht in den §§ 164 ff. nur von der Stellvertretung in der Abgabe und in dem Empfang von Willenserklärungen, d. h. bei Rechtsgeschäften; die Zulässigkeit einer Stellvertretung bei allen Rechtshandlungen (i. w. S.) dagegen ist im Gesetz nicht ausgesprochen worden. Es war bereits nachgewiesen, daß für die Frage nach dem Erwerb und die Beendigung des Besitzes der Wille des Besitzers von Bedeutung sein kann [47]). Ist nun aber in diesen Fällen eine Willenserklärung erforderlich? Die Beantwortung dieser Frage setzt eine Klarstellung des Begriffs der Willenserklärung voraus. Es soll jedoch hier nicht weiter auf das Wesen der Willenserklärung eingegangen werden, als für die Erkenntnis der den Gegenstand dieser Abhandlung bildenden Probleme unbedingt notwendig ist. Manigk [48]) charakterisiert den Begriff der Willenserklärung als eine Äußerung zum Zwecke der Kundgebung eines rechtlich relevanten Erfolgswillens, dessen Wirksamkeit von der Kongruenz des durch Auslegung gewonnenen Inhalts der Erklärung und des zugrunde liegenden Willens abhängig ist. Wille und Erklärung sind also die beiden

---

46) Vgl. Manigk, WE. und WG., S. 679, der darauf hinweist, daß es korrekter wäre, von Besitzerwerb durch Dritte oder durch Gehilfen zu sprechen. Vgl. auch v. Staudinger. Vorbem. 9 zu § 164 ff.

47) Die Gruppe der Tatbestände, in denen Besitz ohne einen entsprechenden Willen erworben oder beendet wird, scheidet aus der nachfolgenden Betrachtung wegen des fehlenden Willenselements aus.

48) WE. und WG., S. 188.

näher zu betrachtenden Elemente der Willenserklärung. Unter Erklären versteht man, wie R. Leonhard zutreffend bemerkt[49]), jemandem etwas klarmachen, und dies ist auch der Sprachgebrauch des BGB., d. h. nur solche Äußerungen des Willens werden im BGB. als Willenserklärungen bezeichnet, „die zur Wahrnehmung durch andere Menschen bestimmt sind“[49]). Keine Willenserklärung ist daher nach Manigk's Ansicht ein bloßes Indiz, aus dem zwar auf das Vorhandensein eines Willens geschlossen werden kann, dem aber hier kein Kundgebungszweck innewohnt[50]). Diese Handlungen bezeichnet Manigk, sofern sie Betätigungen eines rechtsgeschäftlichen Erfolgswillens sind, also eines Willens, der auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist, als Willensgeschäfte[51]), und faßt diese Kategorie der juristischen Handlungen, für die sich in der Literatur — abweichend von der Manigk'schen Terminologie — die Bezeichnungen „Willensbetätigung“ und „Willensverwirklichung“ finden, und die Gruppe der Willenserklärungen (i. e. S.), deren charakteristisches Merkmal in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, der Empfangsbedürftigkeit und dem Kundgebungszweck beruht unter dem gemeinsamen Oberbegriff der Rechtsgeschäfte zusammen. Schließt man sich dem von Manigk geschaffenen System der juristischen Handlungen und seiner Terminologie an, so wird man die Unterscheidung zwischen empfangsbedürftigen und nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen als irreführend und auch aus sprachlichen Gründen ablehnen müssen. „Unter Erklären kann man nämlich, wie es auch das Gesetz tut, nach guter deutscher Redeweise nur solche Äußerungen verstehen, die zur Wahrnehmung durch andere Menschen bestimmt sind (Erklären = jemandem etwas klarmachen).“[52]) Von einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung zu sprechen, ist demnach eine contradictio in adiecto.

---

49) Allgem. Teil, S. 256.
50) WE. und WG., S. 281 ff.
51) a. a. O., S. 415 ff.
52) R. Leonhard, Allgem. Teil, S. 256.

B. Stellvertretung im Besitz.

I. Die Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen (§§ 164 ff.) auf den Erwerb und die Beendigung des Besitzes durch Stellvertreter und zwar beim unmittelbaren Besitz.

1. Im Falle der §§ 854 Abs. 1, 856.

Der bei dem Besitzerwerb und der Besitzbeendigung möglicherweise beachtliche Wille kann durch konkludente Handlung oder ausdrücklich erklärt werden; er kann aber auch, ohne erklärt zu werden, aus dem tatsächlichen Verhalten des Subjektes hervorgehen, was in der Regel beim originären Besitzerwerb der Fall sein wird. Nach den bisherigen Darlegungen über den Begriff der Willenserklärung wäre der Schluß möglich, daß es sich bei dem Besitzerwerb und der Besitzbeendigung, soweit hierfür überhaupt ein Wille in Betracht kommt, um eine Willenserklärung oder ein Willensgeschäft handelt. Daß dieses aber nicht der Fall ist, zeigt sich bei näherem Eingehen auf den Inhalt des zum Tatbestand der Willenserklärung und des Willensgeschäfts gehörigen Willens. Dieser Wille muß stets auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein, und die Rechtsordnung muß bei dem Vorhandensein eines solchen Willens den Eintritt der gewollten Rechtswirkung vorschreiben. Nur in solchen Fällen haben wir es mit einer Willenserklärung oder mit einem Willensgeschäft zu tun. Der Wille, Besitzer zu werden, Besitzer zu sein und Besitz zu beenden, ist aber, wie erörtert, stets auf die Verwirklichung oder Erhaltung eines tatsächlichen Zustandes, nicht dagegen auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet. Man würde also den Besitz als Ursache und die an ihn geknüpften Rechtsfolgen als seine Wirkungen miteinander verwechseln, wenn man sich ver-

leiten ließe, diesen Willen mit einem etwa daneben vorhandenen auf die Herbeiführung der Rechtsfolgen des Besitzes gerichteten Willen gleichzustellen. Ein solcher Wille gehört nicht zum Tatbestand des Besitzerwerbs und der Besitzbeendigung, er ist lediglich das oder nur ein Motiv des den Besitzwillen herbeiführenden Willensentschlusses. Ein zum Tatbestand der Willenserklärung oder des Willensgeschäfts gehöriger Wille muß stets auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sein. Aus diesem Grunde ist eine unmittelbare Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze bei der Stellvertretung im Besitz abzulehnen. Das Gegenteil, nämlich die Zulässigkeit einer unmittelbaren Anwendung der Stellvertretungsnormen bei dem Besitzerwerbe, wird auch nur vereinzelt, so von Kreß und Kohler[53]), behauptet. Kohler sieht im Besitzerwerb geradezu ein Rechtsgeschäft; Kreß dagegen bezeichnet den Besitzerwerb als einen, in der Regel tatsächlichen, den rechtsgeschäftlichen Vorschriften nicht unterliegenden Vorgang, der aus dem Gesichtspunkt des praktischen Bedürfnisses in Ansehung der Stellvertretung wie ein rechtsgeschäftlicher Akt behandelt werden müsse. Die Vertreter dieser Ansicht vermögen aber keine im Gesetz enthaltenen Anhaltspunkte nachzuweisen, noch eine sonstige Begründung ihrer Ansicht zu geben. Das praktische Bedürfnis allein — dessen Vorhandensein übrigens zweifelhaft erscheint — kann solche, dem System des Gesetzes fremde Lehrmeinungen jedoch nicht begründen.

Nachdem der § 801 des EI., der die entsprechende Anwendbarkeit dieser Vorschriften bestimmte, von der zweiten Kommission in der Annahme gestrichen worden ist, daß „auch ohne eine solche Bestimmung die Analogie nicht verkannt werden würde“[54]), begann ein Streit der Meinungen, der bis heute zu keiner endgültigen Klärung des Problems geführt hat. Die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich für eine Ausdehnung der Stellvertretungsgrundsätze auf das Besitzrecht entscheidet, tritt nur für eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze ein. Aber

---

53) Kreß, S. 225 ff.; Kohler, S. 79.
54) Protokolle, 3. Bd., S. 33.

auch diese Analogie muß — um das Ergebnis der nachfolgenden Untersuchung vorweg zu nehmen — abgelehnt werden[55]), da für sie im Rahmen des geltenden Besitzrechts kein Raum ist und weil sie mit dem System desselben unvereinbar ist. Der Umstand allein, daß der Besitzwille nicht die Herbeiführung eines Rechtserfolges bezweckt, ist zwar kein hinreichender Grund, die Analogie abzulehnen, wohl aber gehören zu dem Wesen der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung Elemente, die eine Übertragung der Stellvertretungsnormen auf die Rechtshandlungen im allgemeinen und auf die Besitzerwerbs- und -aufgabehandlungen im besonderen bedenklich erscheinen lassen. Hier ist zunächst das „Handeln in fremdem Namen", das sogenannte Offenheitsprinzip, zu erwähnen. Es erfordert den Willen, die Rechtsfolgen des Handelns in der Person eines anderen eintreten zu lassen und das Erkennbarmachen dieses Willens durch ausdrückliche oder konkludente Erklärung. Der Stellvertreter im Besitzerwerbe müßte also außer der Vertretungsmacht den Willen haben, Besitz für einen anderen zu erwerben, und müßte diesen Willen kundtun. Beides ist denkbar; ließe man aber die Wirkung der Vertreterhandlung in der Person des Vertretenen eintreten, wie es § 164 vorschreibt, so befände man sich in Widerspruch zu der Vorschrift des § 854 Abs. 1, der den Besitzerwerb an das „Erlangen" der tatsächlichen Gewalt knüpft. Inhaber dieser tatsächlichen Ge-

---

55) So Bartels, S. 666; Biermann, 4a zu § 855 in den neueren Auflagen; Bruns, S. 84; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 6 II, 4; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 38, I, § 80, 2; Kaemmerer, S. 21, 190; F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 57 ff., S. 79, S. 84; Lindemann-Soergel, Vorbemerkung 4 zu § 854; Manigk, Anwendungsgebiet, S. 358; derselbe WE. und WG., S. 656; Mengelkoch, S. 74; Planck, 5 zu § 854, jedoch mit Ausnahmen; Rosenberg, V zu § 854; Schindler, S. 18; v. Staudinger, Vorbemerkung 9 zu §§ 164 ff.; Strohal, S. 70 ff.; a. A. Crome, 3. Bd. § 344 II a. E.; Dernburg, 1. Bd., § 161 IV; Kniep, S. 230; Kreß, S. 225 ff.; R. Leonhard, § 73 III, § 76 III; Last, S. 128 ff.; Przibilla, S. 326 ff., insbes. S. 330; Zitelmann, S. 21 ff., insbes. S. 26.

walt ist aber der Vertreter. Wollte man auch dem Vertretenen die tatsächliche Gewalt zuschreiben, so müßte man dem Begriff der tatsächlichen Gewalt eine Ausdehnung geben, die der Auffassung des Verkehrs vom Wesen der tatsächlichen Gewalt nicht mehr entsprechen würde. Die Frage, wer durch die Handlung einer Mittelsperson Besitz erworben hat, ist also allein nach Maßgabe der §§ 854 ff. zu entscheiden, und wer Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt, beispielsweise nach Maßgabe des § 854 Abs. 1 erworben hat, kann nicht durch den bloßen Willen und die Erklärung des Willens, für einen anderen besitzen zu wollen, den Besitzerwerb in seiner Person hindern, noch Besitz in der Person eines Dritten begründen. Ob Besitz ausnahmsweise nicht in der Person des Handelnden selbst, sondern für einen Dritten erworben oder beendet wird, kann lediglich aus den besitzrechtlichen Vorschriften, und zwar, wie weiter unten dargelegt werden soll, aus den §§ 854, Abs. 2, 855, 868, 870 entnommen werden, die in ihrer Eigenart eine analoge Anwendung der Stellvertretungsnormen ausschließen [56]). Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht verweisen demgegenüber zunächst auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes [57]). Gemeint ist damit die Streichung des § 801 EI. und die zur Begründung dieses Beschlusses in die Protokolle [58]) aufgenommene Bemerkung, daß „auch ohne eine solche Bestimmung die Analogie nicht verkannt werden würde". Zweifellos spricht dies zugunsten der gegnerischen Meinung; indessen ist wohl nie bestritten worden, daß die in den Materialien geäußerten Meinungen nicht den Wert authentischer Interpretationen oder bindender Richtlinien für die Anwendung des Gesetzes und die Auffassung der Doktrin besitzen. Przibilla [59]) bezeichnet als Hauptgrund den Umstand, daß

56) Das übersieht auch Crome (3. Bd., § 344, II a. E.), der in allen Fällen, in denen zum Besitzerwerb ein Wille erforderlich ist, die Vorschriften über Vertretung entsprechend anwenden will.

57) So z. B. Przibilla, S. 328; R. Leonhard, Allgemeiner Teil, § 73, 3.

58) 3. Bd., S. 33.

59) a. a. O., S. 328.

ohne eine analoge Anwendung der Vertretungsgrundsätze eine Lösung des Problems unmöglich ist. Abgesehen davon, daß diese Unmöglichkeit von Przibilla nicht bewiesen wird, wäre, selbst wenn der Beweis hierfür erbracht würde, damit noch nicht der Beweis für die Richtigkeit der von Przibilla vertretenen Ansicht geführt, denn immerhin wäre denkbar, daß die Lösung des Problems auf der vom BGB. geschaffenen Grundlage überhaupt unmöglich ist. Daß dieses nicht der Fall ist, wird weiter unten gezeigt werden.

2. Im Falle des § 854 Abs. 2.

Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang der Tatbestand des Besitzerwerbs durch Einigung nach Maßgabe des § 854 Abs. 2. Da hier beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen zur Besitzbeendigung des Tradenten und zum Besitzerwerb des Empfängers eine bloße Willensübereinstimmung genügt, fragt es sich, ob dieser Wille durch Stellvertreter wirksam erklärt werden kann und ob die rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen anzuwenden oder wenigstens entsprechend anzuwenden sind.

Daß die Einigung nach § 854 Abs. 2 keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung enthält und auch kein Vertrag ist, war schon weiter oben ausgeführt worden. Daraus folgt, daß eine echte Vertretung nicht möglich ist [60]). Es ist aber

---

60) Für unmittelbare Anwendung der Stellvertretungsnormen entscheiden sich: Bartels, S. 666; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 7, 2b; Crome, 3. Bd., § 347 II 3; Draganesco, S. 79, Anmerkung 267; v. Gierke, Enzykl. Kohlr. § 4 V 1; Kniep, S. 93; Kreß, S. 225; Loewenwarter, zu § 854; F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 58; RGK. 4 zu 854; Schindler, S. 22; v. Staudinger, II, 2b zu § 854; Strohal, S. 82, 84; Sokolowski, S. 306; Turnau-Förster, 4 zu § 854; Wolff, § 11, II; Rohde, XV, S. 45, 46 spricht sich zwar gegen jegliche Anwendbarkeit der §§ 164 ff. für die Fälle des § 854, Abs. 2 aus, hält aber eine Vertretung in dem Sinne für möglich, daß es gleichgültig ist, ob die Traditionserklärungen, wenn sie nur dem Willen des Tradenten und des Erwerbers ent-

zu erwägen, ob eine analoge Anwendung der Stellvertretungsnormen am Platze ist. Bevor zu dieser Frage Stellung genommen werden kann, ist zunächst wie bei jeder Analogie, die Vorfrage zu erörtern, ob überhaupt ein Bedürfnis für eine derartige Auslegung der Vorschriften über die Stellvertretung gegeben ist, ob, — im Sinne der Zitelmannschen Lehre [61]) — „eine Lücke im Recht" oder richtiger „im Gesetz" vorhanden ist, deren Ausfüllung nur im Wege einer Analogie erreicht werden kann, d. h. ob im Rahmen der genannten Vorschrift Fälle praktisch werden können, deren Entscheidung bei unmittelbarer Anwendung der vorhandenen Gesetzesbestimmungen nicht zu treffen ist. Diese Frage ist für alle Fälle, in denen eine Mittelsperson (die nicht Besitzdiener des Vertretenen ist) für den Erwerber oder den bisherigen Besitzer die zur Einigung erforderliche Erklärung abgibt, zu bejahen. Beauftragt z. B. der Gutsbesitzer A seinen bei ihm zu Gast weilenden Freund B mit der Anschaffung eines Klafters Holz und kauft B darauf beim Nachbarn C im Namen des A dieses Holz, das sich aufgestapelt im Walde des C befindet und einigt er sich mit C über den Übergang des Eigentums und des Besitzes an A, so könnte ein Besitzerwerb des A nicht angenommen werden, wenn nicht die Stellvertretungsnormen in diesem Falle entsprechend anwendbar wären. Man wende nicht ein, daß B auf Grund des zur Besitzvermittlung geeigneten Auftrages dem A mittelbaren Besitz erworben habe. Die Einigung des B und C ging dahin, dem A Besitz zu verschaffen, infolgedessen kann B nicht unmittelbarer und A nicht mittelbarer Besitzer geworden sein. Die Ablehnung der Analogie hätte also in diesem und in allen gleichartig gelagerten Fällen zur Folge, daß eine Veränderung des Besitzstandes nicht angenommen werden dürfte, es sei denn, daß sich die Mitwirkung der Mittelsperson lediglich in einer Vertretung in der Erklä-

---

sprechen, sowohl von diesen selbst, als auch von anderen abgegeben werden können. Für entsprechende Anwendung: Biermann, 7 zu § 854; Bruns, S. 94; Planck, 3a zu § 854; Rosenberg, II, 2 zu § 854.

61) Vgl. Lücken im Recht, S. 10 ff.

rung, nicht aber im Willen erschöpft hätte. Dieses Ergebnis entspricht aber weder der Billigkeit noch dem Geiste der gesamten Rechtsordnung, und in der Tat hat sich auch noch kein Schriftsteller gefunden, der sowohl die unmittelbare als auch die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Vertretung für die erwähnten Fälle abgelehnt hätte. Es ist daher durchaus berechtigt, hier von einer „Lücke im Gesetz" zu sprechen.

Ob die Ausfüllung der Lücke im Wege der erwähnten Analogie zulässig ist und ob sie zum Ziele führt, bleibt noch zu prüfen.

Es ist davon auszugehen, daß die entsprechende Anwendung eines Rechtssatzes oder einer Gruppe von Rechtssätzen statthaft ist, wenn die zu beurteilenden und die vom Gesetz entschiedenen Fälle im Hinblick auf die anzuwendende Normengruppe nur unwesentlich abweichen, wenn sie wesensgleich sind, d. h. wenn sie in den für den Grund der Entscheidung maßgeblichen Momenten übereinstimmen [62]). Für die Frage, ob die Vorschriften der §§ 164 ff. im Falle des § 854 Abs. 2 entsprechend angewendet werden können, bedeutet dies, daß, da die §§ 164 ff. nur von der Vertretung in der Abgabe und im Empfang von Willenserklärungen sprechen, die Einigungserklärungen des § 854 Abs. 2 und die Willenserklärungen in den Tatbestandselementen, die im Hinblick auf die Vertretung als wesentlich anzusehen sind, übereinstimmen müssen.

Die Einigung des § 854 Abs. 2 besteht wie jede andere sachenrechtliche Einigung aus zwei übereinstimmenden, d. h. auf die Herbeiführung desselben Erfolges gerichteten Willenserklärungen. Auch diesen Erklärungen ist also nicht anders, wie es bei den Willenserklärungen der Fall ist, ein Erfolgswille wesentlich, und zwar sowohl ein genereller als auch ein spezieller. Indessen ist der erstrebte Erfolg nicht rechtlicher, sondern tatsächlicher Art [63]). Das wird vielfach bestritten. So behauptet ein Teil der Schriftsteller, nach deren Ansicht der Besitz ein subjektives Recht ist, daß die Einigung des bisherigen Besitzers und

62) Vgl. Enneccerus, I. Bd., 1. Abt., § 53 II, 1.
63) So auch Kreß, S. 309, 316.

des Erwerbers, die Übertragung dieses Rechts [64]), die übereinstimmenden Willenserklärungen, also die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges zum Gegenstande hätten. Andere behaupten, daß der beiderseitige Wille auf Übertragung der Rechtsfolgen des Besitzes oder der Rechtsstellung des Besitzers gerichtet sei [65]). Der Streit der Meinungen wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß im Gesetz nicht gesagt ist, worauf sich die Einigung erstrecken muß.

Die Einigung, die bei der Übertragung des Besitzes durch körperliche Übergabe vorhanden ist, setzt sich aus dem auf das Haben der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willen des Erwerbers (dem animus rem sibi habendi) und dem Willen des bisherigen Besitzers zusammen, der darauf gerichtet ist, nicht mehr Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu sein. Wenn z. B. A von B einen Posten Ziegel kauft und B die Übergabe der Ziegel dadurch vollzieht, daß er die Ziegel im Einvernehmen mit A auf dessen Gutshof ablädt, so erlangt A den Besitz. B will die tatsächliche Gewalt aufgeben, A will sie erwerben. Insofern enthält auch eine Besitzübertragung, die nach Maßgabe des § 854 Abs. 1 zu beurteilen ist, eine Einigung der Parteien über den Besitzübergang. Eine derartige Einigung unterscheidet sich, wie das folgende Beispiel lehren wird, was den Inhalt der Einigung anbetrifft, in nichts von der Einigung des § 854 Abs. 2.

Wenn im vorhergehenden Beispiel A nicht Käufer der Ziegel ist und B, der die Wagenladung zu einem dritten Ort bringen will, bei der Überquerung des dem A gehörigen Gutshofes durch einen unvorhergesehenen Umstand, etwa durch den Bruch eines Wagenrades gezwungen wird, die Ziegel vorübergehend abzuladen, so wird A gewiß nicht Besitzer, obwohl sich die räumlichen Verhältnisse bei dieser Sachlage in nichts von denen des ersten Falles unterscheiden. Das Vorliegen der Einigung in dem ersten Falle

---

64) So z. B. v. Staudinger, II 2b zu § 854; Stöver, Seite 168.

65) So z. B. Cosack-Mitteis, II. Bd., 1. Abt., § 7 I 2b; Strohal, S. 81 f.

und das Fehlen derselben im anderen Falle bewirkt hier allein die verschiedenartige Beurteilung der äußerlich völlig gleichartigen Tatbestände. Verkauft nun in diesem zweiten Falle der B., der an dem Abtransport kein Interesse mehr hat, die Ziegel dem A, und einigen sich A und B über den Übergang des Besitzes, so bewirkt diese Einigung den Besitzerwerb des A (§ 854 Abs. 2).

Diese Beispiele beweisen, daß die inhaltliche Übereinstimmung der Einigung des § 854 Abs. 1 und der Einigung des § 854 Abs. 2 schon aus logischen Gründen gefolgert werden muß. Das ergibt die Anwendung des bekannten Satzes, daß Gleiches von Gleichem subtrahiert Gleiches gibt. Es haben also der zum Tatbestand der Einigung des § 854 Abs. 2 gehörende Erfolgswille des Erwerbers das Haben der tatsächlichen Gewalt, den animus rem sibi habendi, und der Wille des bisherigen Besitzers, die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt zum Gegenstande. Der Inhalt des Erfolgswillens ist also sowohl auf der Erwerber- als auch auf der Veräußererseite rein tatsächlicher Art und nicht ist von den Parteien die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gewollt.

Für die Frage, inwieweit der äußere Erklärungstatbestand im Falle des § 854 Abs. 2 demjenigen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung entspricht, ist davon auszugehen, daß die auf Herbeiführung von Rechtserfolgen hinzielende Einigung des Sachenrechts an keine Form gebunden ist, daß die Parteien den Willen ausdrücklich erklären können, daß es aber auch genügt, wenn der Wille aus den Umständen zu entnehmen ist. Diese Formfreiheit wird auch für den Fall des § 854 Abs. 2 angenommen werden dürfen. Hierfür spricht zunächst der Umstand, daß sich das Gesetz für den dinglichen Vertrag und für die Einigung im Falle des § 854 Abs. 2 derselben Bezeichnung bedient, sodann der Grundsatz, daß stets da, wo das Gesetz keine Formvorschriften enthält und auch keine ausdrückliche Erklärung verlangt, jegliche Form der Willensäußerung, aus der mit Sicherheit auf den Erfolgswillen geschlossen werden kann, zulässig ist. Der äußere Erklärungstatbestand der Einigung des § 854 Abs. 2 weist daher im Vergleich zu dem der Willenserklärung keine Be-

sonderheiten auf; inhaltlich ist indessen ein Unterschied insofern gegeben, als es sich, entsprechend der im Erfolgswillen vorhandenen Abweichung, um die Erklärung einer gewollten tatsächlichen nicht rechtlichen Wirkung handelt.

Ob man neben dem Erfolgswillen und der Erklärung noch einen besonderen Erklärungswillen oder auch nur das Bewußtsein, eine Willenserklärung abzugeben als zum begrifflichen Inhalt einer Willenserklärung gehörend ansieht, kann im Hinblick auf die zu entscheidende Frage der analogen Anwendung rechtsgeschäftlicher Stellvertretungsnormen in Falle des § 854 Abs. 2 unerörtert bleiben, denn, wie man sich auch zu dem Erfordernis eines besonderen Erklärungswillens im Tatbestand der Willenserklärung stellen mag, immer wird man zugeben müssen, daß in Ansehung dieses Erfordernisses für die Äußerung des Willens im Falle des § 854 Abs. 2 nichts anderes gelten kann wie bei der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung.

Als Ergebnis der vorangegangen Untersuchungen ist festzustellen, daß sich die zur Einigung des § 854 Abs. 2 gehörenden Willenserklärungen der Parteien und die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen lediglich darin unterscheiden, daß der Erfolgswille und die Erklärung dieses Willens in einem Falle die Herbeiführung eines tatsächlichen, im anderen Falle eines rechtlichen Erfolges zum Gegenstande haben.

Für den Tatbestand der Vertretung ist begriffswesentlich, daß der Vertreter eine Erklärung abgibt oder empfängt, deren Wirkung den Vertretenen betreffen soll, und daß die Vertretung nicht nur in der Erklärung, sondern auch im Willen stattfindet. Beides ist bei der Abgabe der Einigungserklärungen des § 854 Abs. 2 durch Mittelspersonen der Fall. Der gesamte Tatbestand der Vertretung im Falle des § 854 Abs. 2 verglichen mit demjenigen der Vertretung bei Rechtsgeschäften unterscheidet sich also lediglich in der rechtlichen Natur des angestrebten Erfolges. Hierin liegt ein nicht zu leugnendes und im Hinblick auf die begriffliche Unterscheidung der Willenserklärung (im juristisch-technischen Sinne) von den zur Einigung des § 854 Abs. 2 gehörenden Willensäuße-

rungen sogar wesentliches Unterscheidungsmerkmal, das als solches eine unmittelbare Anwendung der lediglich für Rechtsgeschäfte geltenden Stellvertretungsnormen des BGB. ausschließt. Die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung wird dadurch aber nicht ausgeschlossen, denn, daß der zur Willenserklärung gehörende Erfolgswille stets die Herbeiführung einer Rechtsfolge zum Gegenstand hat, ist nicht ein Umstand, dem für die Regelung der Stellvertretung eine maßgebliche Bedeutung zukommt; maßgeblich ist in dieser Hinsicht vielmehr, daß von dem Vertreter überhaupt nur ein Erfolg, der in der Person des Vertretenen eintreten soll, erstrebt wird. Die rechtliche Qualifikation des Erfolges ist aber für die Regelung der Stellvertretung nur von untergeordneter Bedeutung.

Damit ist bewiesen, daß die für eine Analogie maßgeblichen Voraussetzungen, nämlich das Vorhandensein einer „Lücke im Recht" und die Gemeinsamkeit des gesetzgeberischen Grundes oder, um mit Enneccerus zu sprechen, die Rechtsähnlichkeit, d. h. die „Gleichheit in den für den Grund der Entscheidung maßgeblichen Teilen" zwischen den im Gesetz entschiedenen und den analog zu behandelnden Fällen gegeben ist[66]) und somit eine analoge Ausdehnung der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen für die Fälle der Mitwirkung von Mittelspersonen bei der Besitzübertragung nach Maßgabe des § 854 Abs. 2 notwendig und zulässig ist.

Da die Anwendung der Vorschriften über die Vertretung (§§ 164 ff.) nur eine analoge ist, erhebt sich nun die Frage, inwieweit die Anwendung Platz greift, insbesondere nach welchen Merkmalen zu entscheiden ist, ob für den Vertretenen oder vom Vertreter selber Besitz erworben wird. Entscheidet sich dies nach der vom Vertreter abgegebenen Erklärung oder allein nach dem Willen des Vertreters?

Bruns, der sich mit dieser Frage eingehend auseinandersetzt, glaubt demjenigen Besitz zusprechen zu müssen, auf der der „objektive Sinn der Einigung hin-

66) I. Bd., 1. Abt., § 53 II und § 53, Anm. 15.

weist“ [67]). Dieser soll sich bei ausdrücklicher Erklärung aus der Erklärung selbst, sonst aus dem Kausalverhältnis zu dem Vertretenen ergeben. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß eine Einigung sowohl dann zustande kommen kann, wenn dem bisherigen Besitzer die Person des Erwerbers gleichgültig ist, als auch dann, wenn er nur an eine bestimmte Person Besitz übertragen will. Im ersteren Falle erwirbt derjenige den Besitz, für den der Vertreter erwerben will, da ja der Besitzer mit jedem Erwerber einverstanden ist; im letzteren Falle wird nur derjenige Besitzer, an den der bisherige Besitzer den Besitz übertragen will. Keine Einigung kommt daher zustande, wenn der Vertreter für sich, der bisherige Besitzer aber nur für den Vertretenen Besitz begründen will, oder umgekehrt, wenn der Vertreter für den Vertretenen erwerben will, der bisherige Besitzer aber lediglich an den Vertreter Besitz zu übertragen wünscht. Wenn Bruns aus dem objektiven Sinn der Einigung entnehmen will, wer Besitz erworben hat, so übersieht er, daß überall da, wo dem Tradenten die Person des Erwerbers gleichgültig ist, die Bestimmung dieser Person nicht zum Inhalt der Einigung gehört, aus dieser also auch nicht entnommen werden kann, wer Besitz erlangt hat. Vielmehr entscheidet lediglich der aus der Erklärung und bei konkludenter Erklärung der aus den Umständen zu entnehmende Wille des Vertreters, wer in diesen Fällen Besitzer geworden ist. Bei nicht ausdrücklichen Erklärungen sind sämtliche Umstände, und nicht allein, wie Bruns will, die Kausalbeziehungen des Vertreters zum Vertretenen zur Ermittlung dieses Willens heranzuziehen. Die genannten Kausalbeziehungen zwingen uns ebensowenig wie die causa der Besitzübertragung selbst, Besitzerwerb in der Person des Vertreters oder des Vertretenen anzunehmen, denn die Einigung des § 854 Abs. 2 ist in gleicher Weise abstrakt, wie beispielsweise die Einigung über den Eigentumsübergang im Falle des § 929. Indessen werden die erwähnten Beziehungen häufig wertvolle Indizien sein für die Ermittlung des nicht ausdrücklich erklärten Willens.

---

67) a. a. O., S. 95.

Eine Ausnahme von dem Satz, daß die Beziehungen zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen nicht allein maßgebend sind für die Entscheidung, wer von beiden Personen Besitzer geworden ist, muß jedoch für den Fall, daß der Vertreter Besitzdiener des Vertretenen ist, zugelassen werden. Hiervon wird noch weiter unten ausführlich die Rede sein.

Zusammenfassend ist also folgendes zu sagen: die Stellvertretungsnormen sind im Besitzrecht weder unmittelbar noch analog anzuwenden. Eine Ausnahme ist für den Fall des § 854 Abs. 2 zuzulassen.

II. Ausschluß der Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen auf den Erwerb, die Erhaltung und die Beendigung des Besitzes bei der Besitzdienerschaft und dem mittelbaren Besitz.

1. Allgemeines.

Es wird behauptet, daß das Problem der Stellvertretung im Besitz nur bei analoger Verwendung der Vorschriften über die Vertretung im Besitzrecht gelöst werden kann[68]). Die bisherigen Ausführungen haben dargetan, daß die Analogie mit dem System des geltenden Besitzrechts nicht in Einklang zu bringen ist. Das Ziel der folgenden Untersuchungen wird es sein, nachzuweisen, daß auch im Rahmen der Vorschriften über die Besitzdiener- und die Besitzmittlerschaft für eine derartige Analogie kein Raum ist. Daraus ist dann zu folgern, daß, da die rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen außerhalb der genannten Vorschriften — von der Ausnahme des § 854 Abs. 2 abgesehen — nicht zur Anwendung gelangen[69]), die Grundlagen der Lehre von der Stellvertretung im Besitz ausschließlich in den besitzrechtlichen Vorschriften des BGB. zu suchen sind[70]).

68) So z. B. Przibilla, S. 328.

69) Vgl. oben S. 36 ff.

70) Ähnlich Lindemann-Soergel, Vorbem. 4 zu § 854; Rosenberg, V zu § 854; Bartels, S. 665; v. Staudinger, IV zu § 854; Warneyer, IV zu § 854.

Die Möglichkeit des Besitzerwerbs, der Besitzausübung und der Besitzbeendigung durch den bloßen Willen, für einen anderen Besitz zu erwerben, auszuüben oder zu beenden, ist dem BGB. in der Allgemeinheit, wie sie noch dem gemeinen Recht geläufig war, fremd. Es ist zu beachten, daß zwischen einer Stellvertretung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt (corpore alieno) und einer solchen im Willen (animo alieno) unterschieden werden muß. Eine Stellvertretung im Besitz durch Ausübung der tatsächlichen Gewalt für einen anderen ist nach geltendem Recht nur im Rahmen der für den Besitz geltenden Vorschriften möglich. Es kommen hierfür auch nur die Bestimmungen in Betracht, die entweder eine Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch eine dritte Person für den Besitzer vorsehen oder auf Grund deren noch eine andere Person Besitz hat. Diese Bestimmungen finden sich ausschließlich in den §§ 855, 868. Gegen diesen Satz spricht nicht etwa die Möglichkeit der Stellvertretung beim Abschluß eines besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses gemäß § 868 und des Abtretungsvertrages gemäß § 870[71]). Hier besteht die Stellvertretung lediglich in der Abgabe von Erklärungen, dort dagegen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch den Vertreter. Weiter ist zu beachten, daß sich die Tätigkeit des Stellvertreters in diesen Fällen sowie in dem Falle des § 854 Abs. 2 auf die Herstellung und die Beendigung des Besitzes beschränkt. Besitzerhaltung durch Stellvertreter ist dagegen nur auf der durch die §§ 855 und 868 geschaffenen Grundlage möglich. Über die Besitzerhaltung wird ihrer passiven Natur wegen nicht viel zu sagen sein. Es kommt nur auf die richtige Erkenntnis der für den Besitzerwerb und die Besitzbeendigung durch Besitzdiener und Besitzmittler erforderlichen objektiven und subjektiven Voraussetzungen an. Die §§ 855 und 868 sprechen zwar

---

71) Es wird die Ansicht vertreten, daß der § 854, Abs. 2 mit einer Stellvertretung im Besitz nichts zu tun habe (so z. B. Rohde, XX, S. 3, Anm. 1), da die Vertretung nicht im Besitz, sondern in der Erklärung stattfindet. Der Streit beruht indessen nur auf einer Meinungsverschiedenheit über den Begriff der Stellvertretung im Besitz.

nur von der Ausübung des Besitzes durch Besitzdiener und Besitzmittler; es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß durch die Tätigkeit dieser Personen für den Besitzherrn oder den mittelbaren Besitzer auch Besitz erworben und beendet werden kann.

2. Das Wesen der Besitzdienerschaft und seine Bedeutung für die Stellvertretung im Besitz.

a) Die Voraussetzungen der Besitzdienerschaft.

α) Aus dem Umstand, daß im § 855 von der Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch Besitzdiener die Rede ist, schließt eine Reihe von Schriftstellern, daß nur der andere, der Besitzherr, die tatsächliche Gewalt hat, der Besitzdiener dagegen lediglich die Gewalt in Vertretung des Besitzherren ausübt[72]). Mit anderen Worten, daß dem Besitzdiener das Haben der tatsächlichen Gewalt gänzlich abzusprechen ist. Anderer Ansicht zufolge haben beide tatsächliche Gewalt. Jedoch wird die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners nach dieser Meinung kraft besonderer rechtlicher Vorschrift (§ 855) nicht als Besitz anerkannt. § 855 soll nicht eine ergänzende Auslegung des § 854 Abs. 1 enthalten, sondern eine Ausnahme von dem Grundsatz aufstellen, daß der Inhaber der tatsächlichen Gewalt vom Gesetz als Besitzer anerkannt wird[73]). Schließlich lehrt eine dritte Gruppe[74]), daß nur das Beziehungsverhältnis des Besitzdieners zu der Sache tatsächliche Gewalt genannt werden könne, die tatsächliche Gewalt des Besitzherrn hin-

---

72) So Biermann, 2a zu § 855; Crome, 3. Bd., § 344 II, insbesondere Anm. 18; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 33 2b; Last, S. 109; v. Staudinger, II, 1 zu § 855.

73) Kaemmerer, S. 183, Anm. 2; Planck, 1 zu § 855 jedoch zweifelnd; Rosenberg, II, 1 zu § 855; RGZ. Bd. 71, S. 251.

74) So Bruns, S. 143, 146; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 11, I; F. Leonhard, S. 63 ff.; Rohde, XX, S. 2.

gegen fingiert sei oder wenigstens bisweilen fingiert sei. Ursache all dieser Meinungsverschiedenheiten ist die Uneinigkeit über den Begriff der tatsächlichen Gewalt. Verstünde man allgemein unter tatsächlicher Gewalt eine tatsächliche „Beziehung zwischen der Person und der Sache, welche nach der Verkehrsanschauung der Person die Herrschaft über die Sache verleiht“ [75]), so würde man in der Regel wohl nicht darauf verfallen können, dem Besitzdiener die tatsächliche Gewalt zuzusprechen. Vielmehr dürfte bei dieser Auffassung vom Begriff der tatsächlichen Gewalt kein Zweifel darüber aufkommen, daß stets der Besitzherr und nur dieser Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist.

Dieses tatsächliche Gewaltsverhältnis des Besitzherrn zu der Sache kann zweifacher Art sein; es kann eine selbständige und eine durch den Besitzdiener vermittelte Gewalt sein. Beispiele der ersten Art sind: das Verhältnis der Hausfrau neben ihren Dienstboten zu den Küchengeräten, des Prinzipales neben seinen Angestellten zu den in den Ladenräumen befindlichen Waren. Der Besitz der Hausfrau und des Prinzipals beruht in diesen Fällen auf eigener rein physischer Gewalt der Besitzer über die Sachen, die durch die Handlungen der Besitzdiener weder begründet noch aufgehoben wird, d. h., einerseits haben die Hausfrau und der Prinzipal auch beim Nichtvorhandensein der Besitzdiener tatsächliche Gewalt und Besitz, andererseits wird das genannte Verhältnis durch die Tätigkeit der Besitzdiener nicht zerstört.

Das Fehlen dieser selbständigen tatsächlichen Gewalt auf Seiten des Besitzherrn charakterisiert die andere Gruppe der Besitzdienerverhältnisse. Die tatsächliche Gewalt wird in diesen Fällen durch das Besitzcorpus des Gehilfen hergestellt, sie beruht lediglich auf der gewaltvermittelnden Funktion der Besitzdienerschaft und ist auch dann noch vorhanden, wenn dem Besitzherrn jede physische Einwirkungsmöglichkeit fehlt. Der § 855 erfüllt also eine doppelte, eine negative und eine positive Funktion, indem er einmal unter gewissen Voraussetzungen

75) Planck, 1 zu § 855.

nicht jedem Inhaber der körperlichen Gewalt Besitz zuspricht und andererseits Besitz auch ohne Besitzcorpus entstehen läßt[76]).

Der Kreis derjenigen Verhältnisse, die geeignet sind, die Voraussetzungen für die Entstehung einer Besitzdienerschaft zu bilden, ist vom Gesetz nicht genau abgegrenzt. Es ist der Wissenschaft und der Praxis überlassen, die typischen Merkmale derartiger Verhältnisse an Hand der angedeuteten Kennzeichen aufzufinden und mit ihrer Hilfe von Fall zu Fall die Frage nach dem Vorhandensein der erforderlichen Voraussetzungen zu entscheiden. Einen Anhaltspunkt für die Aufstellung dieser Kriterien bilden die beiden Beispiele Haushalt und Erwerbgeschäft, die als praktisch wichtigsten Fälle für die Begründung eines Besitzdienerverhältnisses vom Gesetz angeführt werden. Die Auslegung des Begriffes „Haushalt" bietet keine Schwierigkeiten. Unzweifelhaft ist Haushalt nicht wesensgleich mit Hausstand im Sinne der §§ 1617, 1618, 1619, 1969. Auch deckt sich der Begriff des Haushalts nicht mit dem der „häuslichen Gemeinschaft" (§§ 617, 618 Abs. 2, u. a. m.), denn auch Personen, die nicht zum Hausstand oder zur Hausgemeinschaft gehören, wie Aufwartefrauen, Wäscherinnen, Lohndiener usw., sind Besitzdiener in Ansehung der ihnen überlassenen zum Haushalt gehörenden Gegenstände. Haushalt bedeutet, wie Rosenberg[77]) treffend bemerkt, „den Umkreis hauswirtschaftlicher Tätigkeit". Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die Tätigkeit für einen Haushalt nicht allein auf das Haus selbst, und auf den zum Haus gehörigen Garten- und Hofraum beschränkt ist, ebensowenig, wie alle in diesen räumlichen Grenzen vorgenommenen Verrichtungen „im Haushalt" vorgenommen sind. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Tätigkeit hauswirtschaftlichen Zwecken dient. Eine Hausangestellte bleibt beispielsweise auch auf der Straße Besitzdiener in Ansehung des Marktkorbes und des Geldes der Hausfrau[78]).

Entsprechendes ist von dem Begriff des Erwerbs-

76) Vgl. Bruns, S. 146.
77) II, 2a zu § 855.
78) Vgl. RGZ. Bd. 71, S. 251 f.

geschäftes zu sagen. Man nennt Erwerbsgeschäft jede auf Dauer angelegte, selbständige Erwerbstätigkeit und man nimmt mit Recht allgemein an, daß die besitzerhaltende, -begründende und -aufhebende Tätigkeit des Besitzdieners nicht auf die Geschäftsräume beschränkt bleibt. So sind z. B. der Bote bezüglich des Fahrrades, der Handelsreisende bezüglich des Musterkoffers auch außerhalb der Geschäftsräume Besitzdiener des Geschäftsherrn.

Hinsichtlich der begrifflichen Eigenart des Haushalts und Erwerbsgeschäftes ist man sich also im wesentlichen einig. Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten haben sich indessen bei der Erforschung gemeinsamer und typischer Merkmale derjenigen Verhältnisse herausgestellt, die dem Haushalt und Erwerbsgeschäft ähnlich sind. So sind Zweifel darüber aufgetaucht, ob das Besitzdienerverhältnis ein gültiges sein müsse. Dabei ist man im Anschluß an eine Bemerkung in den Protokollen [79]) von der Voraussetzung ausgegangen, daß dieses Verhältnis ein Rechtsverhältnis sein müsse. Diese Ansicht kann heute als abgetan gelten. Man nimmt heute in Wissenschaft und Praxis an, daß die charakteristischen Merkmale dieser Verhältnisse nicht so sehr rechtlicher als sozialer Art sind [80]). Nach herrschender und richtiger Ansicht ist jedenfalls das Vorhandensein eines Abhängigkeitsverhältnisses stets erforderlich. Worauf dieses beruht, ist gleichgültig. Es ist insbesondere nicht notwendig, daß ein gültiges Rechtsverhältnis, ja überhaupt ein Rechtsverhältnis vorliegt [81]). Familienange-

79) 3. Bd., S. 32.

80) Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 11 I, 2; Crome, 3. Bd., § 344, 2b und Anmerkungen; Bruns, S. 144 f.; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 33, 2b; Goldmann-Lilienthal, 2 zu § 855; F. Leonhard, S. 63 f.; Planck, 2 zu § 855; Rohde, XX, S. 26 f.; Rosenberg, II, 2c zu § 855; v. Staudinger, II, 3a zu § 855; Wolff, § 6 III; RGZ. Bd. 71, S. 257 f., Bd. 94, S. 342; RG. vom 17. 10. 22. in „Recht" 1923, Nr. 348.

81) Crome, 3. Bd., § 344, Anm. 29; Bruns, S. 148 f.; Hellmann, S. 114; Kreß, S. 167; Last, S. 130; Eck-Leonhard, S. 8, Anm. 3; Biermann, 2b zu § 855; Planck, 2 zu § 855; v. Staudinger, II, 3b zu § 855; Rohde, XX, S. 41 f.; Rosenberg, II, 2c zu § 855 u. a.

hörige und sonstige Hausgenossen, die sich aus Gefälligkeit im Haushalt oder im Erwerbsgeschäft betätigen, sind in gleicher Weise Besitzdiener bezüglich der ihnen überlassenen Sachen wie etwa ein Ladenangestellter oder ein vertraglich angestelltes Stubenmädchen. Unerheblich ist ferner, ob in den Fällen, in denen die Besitzdienereigenschaft vertraglich begründet ist, dieser Vertrag öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Art ist[82]). Die Diener und das Hilfspersonal in staatlichen Instituten, Bibliotheken, Museen etc., üben die tatsächliche Gewalt über die ihnen anvertrauten Sachen, ohne selber Besitz daran zu haben, als Besitzdiener aus, gleichgültig, ob das Dienstverhältnis durch öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag begründet ist. Das typische Merkmal der verschiedenen, soeben genannten Beispiele ist die Folgepflicht der die tatsächliche Gewalt ausübenden Person. Sie ist ein allen Besitzdienerverhältnissen gemeinsames Merkmal und ein notwendiger Bestandteil aller die Besitzdienerschaft begründenden Lebensverhältnisse[83]). Der Wortlaut des § 855 („vermöge dessen" usw.) weist deutlich daraufhin, daß die Folgeleistungspflicht stets ein Ausfluß des die Besitzdienerschaft begründenden Verhältnisses sein muß. Das Vorhandensein einer Folgepflicht allein genügt also nicht, vielmehr ist stets auch der Ursprung der Folgeleistungspflicht zu prüfen. Dieses wird klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß Fälle denkbar sind, in denen eine Folgeleistungspflicht auf einen anderen als den genannten Ursprung zurückzuführen ist, wie z. B. wenn der Besitzmittler vertraglich verpflichtet ist, hinsichtlich der in seinem unmittelbaren Besitz befindlichen Sachen den Anordnungen des mittelbaren Besitzers zu entsprechen.

Die Folgepflicht besteht in der Verpflichtung des Besitzdieners, mit den Sachen den Weisungen des Besitzherrn

---

82) Ebenso z. B. Biermann, 2a zu § 855; Crome, 3. Bd., § 344, Anm. 29; F. Leonhard, S. 64; Planck, 2 zu § 855.

83) Die mangelhafte Erkenntnis des Wesens dieser Folgepflicht ist die Ursache zahlreicher Meinungsverschiedenheiten, z. B. über die Frage, ob die Fälle der sog. momentanen Detention unter den § 855 zu subsumieren sind.

gemäß zu verfahren, sie insbesondere auf Anordnung des Herrn herauszugeben. Der Besitzherr ist befugt, auch ohne Anrufung der Gerichte seinen Willen erforderlichenfalls mit Gewalt durchzusetzen, die Sache etwa dem Besitzdiener mit Gewalt wegzunehmen. Ob ein solches Verhältnis zwischen Besitzdiener und Besitzer besteht, ob also der Besitzdiener den Weisungen des Besitzers Folge zu leisten hat, ob er einen eigenmächtigen Zugriff des letzteren dulden muß und ob er schließlich die gewaltsame Entfernung der Sache zu gestatten hat, ist nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden, sondern ist in jedem einzelnen Falle allein nach der Auffassung des Verkehrs, den sozialen Anschauungen von der Gehorsams- und Folgeleistungspflicht der die tatsächliche Gewalt ausübenden Person zu beurteilen [84]). Nicht „Anspruch und Schuld, sondern Befehl und Gehorsam" sind das Entscheidende [85]).

Die Erscheinungsformen derartiger Lebensverhältnisse sind zu vielgestaltig, als daß sie auf eine einheitliche Formel gebracht werden könnten; nur von Fall zu Fall kann unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung über das Vorhandensein der für die Annahme einer Besitzdienerschaft erforderlichen Folgepflicht entschieden werden. Diese Erkenntnis ermöglicht die Abgrenzung des Begriffs der Besitzdienerschaft ähnlichen Verhältnissen gegenüber, so vor allem im Verhältnis zu den Fällen der „momentanen Detention" und der Besitzmittlerschaft. Die Beantwortung der so häufig aufgeworfenen Frage, ob der Gast Besitzdiener in Ansehung der ihm übergebenen Teller, Messer, Gabeln und sonstigen Sachen des Gastwirts oder des Gastgebers ist, dürfte auf Grund der oben gewonnenen Erkenntnis ohne Schwierigkeiten im verneinenden Sinne zu

---

84) So die herrschende Lehre: Biermann, 2a zu § 855; Bruns, S. 144 ff.; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 11, I, 1; Crome, 3. Bd., § 344, IIb; Dernburg, 3. Bd., § 14; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 33, 2b; Last, S. 106; F. Leonhard, S. 63 f.; Kaemmerer, S. 187; Planck, 2 zu § 855; RGK. 5 zu § 855; Rosenberg, II, 2c zu § 855; Przibilla, S. 348; v. Staudinger, II, 3 zu § 855; Strohal, S. 9; Wolff, § 6, 3; RGZ. Bd. 71, S. 251, a. A. Kreß, S. 166.

85) Wolff, § 6 III.

beantworten sein; denn, daß der Gastgeber oder der Restaurateur dem Gast Anweisungen geben könnte, wie er mit den Tellern, Messern, Gabeln usw. zu verfahren habe, daß er ihm die Sachen jederzeit, erforderlichenfalls mit Gewalt, wegnehmen könne, entspricht zweifellos nicht im entferntesten der Auffassung des Verkehrs und den gesellschaftlichen Gepflogenheiten [86]). In gleicher Weise ist bei der Beurteilung der zahlreichen anderen Fälle momentaner Detention zu entscheiden [87]). Das Verhältnis des „momentanen Detentors" zu der Sache ist ebensowenig wie die Beziehung des Besitzdieners zu der Sache des Herrn als Besitz zu bezeichnen, da weder das Beziehungsverhältnis des Detentors noch das des Besitzdieners zu der Sache seiner Unselbständigkeit wegen vom Verkehr als tatsächliche Gewalt anerkannt werden kann. Das gemeinsame Merkmal beider Sachverhältnisse ist die Unselbständigkeit der Inhabung; sie ist der Grund, weshalb dem Detentor oder dem Besitzdiener kein Besitz zugesprochen werden kann, sie ist aber nicht gleichzeitig die einzige objektive Voraussetzung der Besitzdienerschaft. Zur Besitzdienerschaft gehört vielmehr das Vorhandensein eines Abhängigkeitsverhältnisses der oben näher bezeichneten Art, von dem die Unselbständigkeit der Inhabung nur eine Folge ist. Die Ansicht, daß alle Fälle unselbständiger Inhabung durch den § 855 erfaßt sind, daß also auch die momentanen Detentoren nichts anderes als Besitzdiener sind, findet im Gesetz keine Stütze [88]). Die Frage, ob es neben der Besitzdiener-

86) Vgl. Biermann, 2a zu § 855; Bruns, S. 143 ff; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 11 I 2; Crome, 3. Bd., § 344, Anm. 24; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 33, 2b; Gierke, Dt. Privatrecht, § 114, Anm. 29; Goldmann-Lilienthal, § 1; Kaemmerer, S. 185, 188; Kniep, S. 36; Kohler, S. 82; Kreß, S. 166; Last, S. 116; Maenner, § 14, Anm. 8; F. Leonhard, S. 65 ff.; Planck, 2 zu § 855; Rohde, XX, S. 42 ff.; Rosenberg, IV, 1 zu § 855; RGK. 3 zu § 855; v. Staudinger, II, 4b zu § 855; Strohal, S. 11.

87) S. z. B. wenn jemand einem Mitreisenden auf dessen Bitte hin sein Kursbuch, dem Nachbar im Theater sein Opernglas leiht, wenn ein Herr den Mantel einer ihn begleitenden Dame trägt.

88) Ebenso Gierke, Dt. Privatrecht, § 14, Anm. 29.

schaft „nicht noch andere Fälle unselbständiger Inhabung gibt, wird durch § 855 nicht verneint, sondern offengelassen". [89])

Da das die Besitzdienerschaft begründende Verhältnis nicht notwendig ein Rechtsverhältnis sein muß, kann auch für den Fall, daß die Besitzdienerschaft auf Grund eines Rechtsverhältnisses entstanden ist, eine eventuelle Unwirksamkeit desselben ohne Folgen für das Bestehen der Besitzdienerschaft bleiben, wenn nämlich ein Abhängigkeitsverhältnis der gekennzeichneten Art vorhanden ist [90]).

Daß dieses Abhängigkeitsverhältnis äußerlich erkennbar sein muß, wird heute von der Mehrzahl der Autoren mit Recht nicht für erforderlich gehalten. Notwendig ist lediglich das objektive Vorhandensein des Abhängigkeitsverhältnisses. Die Vertreter der gegnerischen Meinung haben durchweg auf eine Begründung ihrer Ansicht verzichtet [91]). Argumente für die Notwendigkeit eines solchen Erfordernisses lassen sich aus dem Gesetz nicht herleiten; ebensowenig ist die Ansicht durch praktische Erwägungen gerechtfertigt. Solche Erwägungen sprechen vielmehr für die Richtigkeit der herrschenden Meinung. Besitzdienerverhältnisse, die auf gleichartigen Abhängigkeitsverhältnissen beruhen, können in einem Falle leicht, in einem anderen Falle überhaupt nicht für den Außenstehenden als solche erkannt werden. Es müßte also bei folgerichtiger Durchführung der gegnerischen Meinung das Besitzdienerverhältnis im ersten Falle bejaht, im zweiten verneint werden. Wie wenig dieses Ergebnis befriedigt und den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht wird, zeigen folgende Erwägungen. Es ist eine hinreichend bekannte Tatsache, daß sich das Dienstpersonal und insbesondere

---

89) Strohal, S. 12.

90) Bruns, S. 148; Biermann, 2b zu § 855; Crome, 3. Bd., § 344, Anm. 29; Eck-Leonhard, S. 8, Anm. 3; Hellmann, S. 114; Kreß, S. 167; Last, S. 130; Planck, 2 zu § 855; RGK. 5 zu § 855; Rosenberg, II, 2e α zu § 855; Rohde, XX, S. 42; v. Staudinger, II, 3b zu § 855.

91) Vgl. Crome, 3. Bd., § 344, Anm. 23; Dernburg, 3. Bd., § 14; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 33, 2c; Isay, Seite 285.

die weiblichen Hausangestellten heutzutage nicht selten in ihrer Kleidung und in ihrem sonstigen Äußeren nur wenig oder gar nicht von ihrer Herrschaft unterscheiden, so daß das Abhängigkeitsverhältnis äußerlich nicht erkennbar ist. Sollte man nun in allen Fällen, in denen Hausangestellte als solche nicht erkannt werden können, die Besitzdienerschaft leugnen, in allen anderen Fällen aber bejahen? Dieses Ergebnis dürfte wenig befriedigen und eine Unsicherheit schaffen, die im Interesse des Verkehrs höchst unerwünscht erscheint.

β. Ob neben den soeben gekennzeichneten objektiven Voraussetzungen der Besitzdienerschaft auch subjektive Momente zum Tatbestand der Besitzdienerschaft gehören, ist streitig. Im Anschluß an den Wortlaut des § 855 und insbesondere aus dem Ausdruck des Gesetzes „für einen anderen" schließen einige Schriftsteller auf die Notwendigkeit eines Besitzdienerwillens [92]). Die Worte „für einen anderen" weisen jedoch nicht, wie Wendt und andere annehmen, darauf hin, daß das BGB. den römischrechtlichen animus pro alieno possidendi beibehalten hat. Ihr Sinn ist vielmehr rein objektiver Art. Sie besagen nichts weiter, als daß der Besitzdiener eine Gewalt ausübt, die, wenn sie nicht von dem Besitzdiener, dann doch von dem Besitzherrn selbst ausgeübt werden würde. Der Wille des Besitzdieners, tatsächliche Gewalt für den Herrn auszuüben, der römischrechtliche animus pro alieno possidendi, wird zwar in der Regel vorhanden sein, er ist jedoch nicht notwendige Voraussetzung für die Besitzdienerschaft, ja selbst der Wille des Besitzdieners, Besitz für sich selbst auszuüben, ist rechtlich unerheblich, sofern dieser Wille nicht in die Tat umgesetzt worden ist. Hat also beispielsweise ein Kutscher den Entschluß gefaßt, sich die Peitsche

---

92) So Bartels, S. 655 f.,; Biermann, 4a zu § 855; Bruns, S. 149 ff.; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 33, Anm. 17; Kreß, S. 166; Last, S. 117 ff.; Planck, 2 zu § 855; Przibilla, S. 348; Rosenberg, II, 2d zu § 855; Sokolowski, S. 242 ff.; v. Staudinger, II, 4 zu § 855; Wendt, Besitzwille, S. 95 ff.; derselbe, ArchCivPrax. Bd. 87, S. 42 u. a. Dagegen Bondy, S. 358.

seines Herrn anzueignen, so ändert dieser Entschluß an der Besitzlage noch nichts, solange die Peitsche in der gewohnten Weise aufbewahrt wird. Sobald aber der Wille zur Tat wird, etwa dadurch, daß der Kutscher die Peitsche versteckt oder in seine Wohnung trägt, geht der Besitz des Herrn verloren, die Besitzdienerschaft des Besitzdieners verwandelt sich in Besitz des letzteren.

Eine notwendige Konsequenz der anderen Meinung ist, daß das Bestehen einer Besitzdienerschaft nur dann als erwiesen angesehen werden kann, wenn der Fremdwille des Besitzdieners vorhanden ist. Daß dieser Nachweis in zahlreichen Fällen nur schwer oder gar nicht zu führen ist, wird von den Vertretern der gegnerischen Ansicht erkannt. Diese Schwierigkeit glaubt Bruns[93]) dadurch beheben zu können, daß er bis zum Beweise des Gegenteils eine „Vermutung" für das Bestehen des Fremdwillens aufstellt, sofern nur die Ausübung der tatsächlichen Gewalt im Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses erfolgt ist[94]). Bei der Anwendung auf den konkreten Fall muß diese Lehre in der Mehrzahl aller Fälle zu denselben Resultaten wie die herrschende Meinung gelangen. In den Fällen jedoch, in denen der Wille des Besitzdieners im Widerspruch zu den durch das Abhängigkeitsverhältnis begründeten Pflichten nicht darauf gerichtet ist, für den Besitzherrn Besitz auszuüben, geht der Besitz des Besitzherrn nach der bekämpften Lehre auch dann schon verloren, wenn der Wille des Besitzdieners, nicht mehr für den anderen besitzen zu wollen, in irgendeiner Form erkennbar wird. Eine Betätigung des Willens ist dieser Ansicht zufolge nicht erforderlich, wenn nur aus irgendwelchen Indizien mit Sicherheit auf den Mangel des Fremdwillens geschlossen werden kann. Die konsequente Durchführung dieser Lehre führt also zu dem unmöglichen Ergebnis, daß der Besitzdiener durch die bloße mündliche oder schriftliche Äußerung seines Willens den Besitz des Herrn vernichten und eigenen Besitz begründen kann, daß er also durch das geschriebene oder gesprochene Wort gegebenenfalls einen Diebstahl

93) a. a. O., S. 150.
94) Ähnlich Wendt, Besitzwille, S. 97.

oder eine Unterschlagung begehen könnte. Wendt[95]) geht dieser unmöglichen Konsequenz aus dem Wege und nähert sich damit der herrschenden Meinung, indem er den widerstrebenden Willen des Besitzdieners nur dann für beachtlich erklärt, wenn der Diener ein „loco movere im Sinne der römischen Quellen, eine Interversionshandlung" vorgenommen hat. Die Abweichung der Wendt'schen Lehre von der herrschenden Meinung ist also von keiner praktischen Bedeutung; bei der Anwendung auf den konkreten Fall gelangt man auf beiden Wegen stets zu denselben Resultaten. Beide Lehren halten den widerstrebenden Willen des Besitzdieners nur dann für beachtlich, wenn er durch die Tat bekundet wird. In allen anderen Fällen wird Besitzdienerschaft nur beim Vorhandensein der objektiven Voraussetzungen bejaht. Darüber hinaus läßt die herrschende Lehre den Willen des Besitzdieners völlig unbeachtet, während Wendt in diesen Fällen einen Fremdwillen präsumiert.

b) Besitzerwerb durch Besitzdiener.

Der § 855 regelt dem Wortlaute nach nur die Besitzausübung durch Besitzdiener, von der Möglichkeit, durch die Tätigkeit eines Besitzdieners Besitz zu erwerben, ist weder im § 855 noch an einer sonstigen Stelle des Gesetzes die Rede. Dennoch ist bereits in den Protokollen[96]) von Dienstboten, die für den Herrn unmittelbaren Besitz erwerben, die Rede, und auch später sind weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung Zweifel über die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch Besitzdiener laut geworden. Hier herrscht völlige Einigkeit, und zwar mit Recht; denn da, wie weiter oben dargelegt wurde, das durch den Besitzdiener vermittelte Verhältnis des Besitzherrn zu der Sache tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 ist[97]), steht der Besitzerwerb des Besitzdieners unter der Regel des § 854. Der Besitz des Herrn ist also hergestellt, wenn der Besitzdiener die Sache in ein Verhältnis zu dem

95) Besitzwille, S. 97.
96) 3. Bd., S. 32.
97) Oben S. 14.

Herrn gebracht hat, das vom Verkehr als tatsächliche Gewalt anerkannt wird.

Über die einzelnen Voraussetzungen des Besitzerwerbs durch Besitzdiener herrschen nicht unerhebliche Meinungsverschiedenheiten. Es wird behauptet, daß der Besitzerwerb des Besitzherrn von einem entsprechenden Willen des Besitzdieners abhängig zu machen ist. Der Besitzdiener soll es durch die bloße Gestaltung und Äußerung seines Willens in der Hand haben, nach seiner Willkür Besitz für sich oder für den Herrn zu begründen [98]). Diese Bedeutung des Willensmoments soll sich aus dem Wortlaut des § 855 ergeben. Es war schon weiter oben dargetan [99]), daß diesen Worten jeder subjektive Sinn abzusprechen ist. Sowie dieser Redewendung für die Ausübung des Besitzes keine weitere Bedeutung zukommt, als daß der Besitzdiener eine Gewalt ausübt, die, wenn sie nicht von einem Besitzdiener, dann doch von einem anderen, nämlich dem dominus, ausgeübt werden würde, so bestimmt sie auch für die Besitzerwerbshandlung des Besitzdieners „nicht etwa eine bestimmte Willensrichtung, sondern nur die Zugehörigkeit der Vertreterhandlung zum Wirkungskreise des Herrn“ [100]). Der § 855 bietet weder seinem Wortlaute noch seinem Sinne nach einen Anhaltspunkt für die Willenstheorie und ebensowenig läßt sich eine andere Theorie aus dem Wortlaut oder dem Sinn des Gesetzes mit Sicherheit entnehmen. Eine befriedigende Lösung des Problems kann daher nur auf Grund praktischer Überlegungen gewonnen werden.

Praktische Überlegungen aber sind es in erster Linie, die uns zur Ablehnung der Willenstheorie führen. Die Fälle, in denen der Besitzdienerwille weder geäußert wird, noch aus den Umständen zu entnehmen ist, sind nicht selten. Wer soll in diesen Fällen Besitzer geworden sein? Der Besitzdiener oder der Besitzherr? Man hilft sich hier

---

98) So Bruns, S. 149 ff.; Crome, 3. Bd., § 348 I, 1; Last, S. 120 ff.; Planck, 4 zu § 855; Rohde, XX, S. 60 ff.; Wendt, Besitzwille, S. 95.

99) S. ff.

100) Przibilla, S. 358.

mit einer „Vermutung". Der Fremdwille des Besitzdieners soll, falls der Besitzerwerb im Rahmen des ihm anvertrauten Geschäftskreises erfolgt ist, als das Gewöhnliche präsumiert werden [101]). Nur wenn ein eigner Erwerbswille des Besitzdieners in objektiv erkennbarer Weise geäußert ist, kann diese „Vermutung" entkräftet und Besitzerwerb des Besitzdieners anerkannt werden. Warum soll aber, nachdem der Wille als begriffsnotwendiger Bestandteil des Besitzerwerbstatbestandes gestrichen worden ist [102]), ein derartiger Wille präsumiert werden, wenn man unter Weglassung dieses Erfordernisses zu den gleichen Resultaten gelangt? Das Gesetz zwingt, wie erwähnt, nicht zu einer derartigen Annahme, ebensowenig sprechen praktische Erwägungen dafür. Auch führt die Willenstheorie in manchen Fällen zu wenig befriedigenden und unbilligen Ergebnissen. Es würde z. B. das Dienstmädchen, das für die Hausfrau ein Kleid von der Schneiderin abholt, Besitzerin des Kleides werden, wenn sie den Willen äußerte, es in Besitz zu nehmen; die Hausfrau wäre genötigt, die Herausgabe des Kleides im Wege der Klage zu erzwingen. Daß eine derartige Entscheidung das Rechtsgefühl wenig befriedigt, ist offensichtlich. Es entspricht nicht der Billigkeit und zweifellos auch nicht dem Sinn des Gesetzes, daß man es dem Besitzdiener in die Hand gibt, durch die bloße Gestaltung und Äußerung seines Willens für sich Besitz an einer Sache zu begründen, deren Erwerb in seinen Wirkungskreis als Besitzdiener fällt und deren Erwerb, wenn der Besitzdiener pflichtgemäß handeln würde, dem Besitzherrn zugute kommen würde. Es ist deshalb nötig, subjektive Momente aus dem Tatbestand des Besitzerwerbs durch Besitzdiener grundsätzlich zu eliminieren [103]) und die Entscheidung der Frage nach der Fremdwirkung der Besitzerwerbshandlung von der Zugehörigkeit dieser Hand-

101) Vgl. Last, S. 122.

102) Vgl. die Anträge zu § 797 des E. I., Protokolle, 3. Bd., S. 27 ff.

103) So auch Endemann, II. Bd., 1. Hälfte, § 38, 1; Fleck, S. 365 ff.; Isay, S. 352; F. Leonhard, S. 76 ff.; Lindemann-Soergel, 2 zu § 855; Kaemmerer, S. 146 ff., insbes. S. 188; Regelsberger, S. 426 ff.

lung zu dem Kreis der dem Besitzdiener anvertrauten Geschäfte abhängig zu machen. Ob dieses der Fall ist, ist aus den gesamten Umständen zu folgern, etwa aus der causa der Besitzbegründung, aus einem besonderen Auftrag zum Erwerb, aus der Natur der erworbenen Sache, insbesondere aus der Zugehörigkeit der Sache zu den Zwecken des Dienstes und aus ähnlichen begleitenden Umständen. Bleiben Zweifel über die Frage, ob der Besitzdiener im Rahmen des ihm anvertrauten Geschäftskreises erworben hat, so ist ausnahmsweise der Wille des Besitzdieners insofern von Bedeutung, als ein in objektiv erkennbarer Weise hervorgetretener Eigenerwerbswille des Besitzdieners den Besitzerwerb zugunsten des letzteren entscheidet [104]).

Zusammenfassend ist also über die Voraussetzungen des Besitzerwerbs durch Besitzdiener folgendes zu sagen: der Herr wird stets Besitzer, falls der Erwerb im Rahmen des dem Besitzdiener anvertrauten Geschäftskreises erfolgt und ein Eigenerwerbswille des Besitzdieners nicht zum Ausdruck gekommen ist. Der Besitz ist jedoch nur dann erworben, wenn der Herr in eine Beziehung zur Sache gelangt ist, die vom Verkehr als tatsächliche Gewalt anerkannt wird. In Zweifelsfällen ist der Besitz ebenfalls dem Besitzherrn erworben, es sei denn, daß der Besitzdiener seinen Eigenerwerbswillen in erkennbarer Weise geäußert hat [105]) [106]).

Von weiteren Voraussetzungen ist der Besitzerwerb

---

104) So auch Bartels, S. 655 f.; Biermann, 4a zu § 855; Rosenberg, V zu § 855; Sokolowski, S. 320; v. Staudinger, IV 1 zu § 854.

105) Übereinstimmend Biermann, 4a zu § 855; Rosenberg, V zu § 855.

106) Die räumlichen Verhältnisse spielen hier nicht die von Rohde (XX, S. 60), F. Leonhard (a. a. O., S. 77) u. a. behauptete Rolle. Der Möglichkeit, tatsächliche Gewalt über die von einem Besitzdiener erworbene Sache zu erlangen, ist ebensowenig eine räumliche Schranke gesetzt, wie das beim Besitzerwerb ohne Mitwirkung einer Mittelsperson der Fall ist. Maßgeblich ist nur, ob ein Herrschaftsverhältnis hergestellt ist, das vom Verkehr als tatsächliche Gewalt anerkannt wird.

durch Besitzdiener nicht abhängig zu machen; insbesondere ist nicht notwendig, daß der Besitzdiener den Willen habe, tatsächliche Gewalt zu erwerben. Ebensowenig ist ein auf den Erwerb des Herrn hinweisender Wille des Besitzdieners zu fordern, und schließlich ist auch nicht vorauszusetzen, daß der Herr gewillt ist, Besitz zu erwerben; denn auf Grund der bereits oben gewonnenen Erkenntnis, daß der § 855 nicht als eine Ausnahme, sondern als eine Klarstellung des § 854 Abs. 1 anzusehen ist, gelangt man zu der Konsequenz, daß der Wille des Herrn, nach dem der Besitzwille als notwendiges Tatbestandsmoment des Besitzerwerbs fallen gelassen ist[107]), keinen anderen Regeln unterliegt als der Wille eines ohne Mitwirken einer Mittelsperson (gemäß § 854 Abs. 1) erwerbenden Subjekts, daß er also zwar regelmäßig vorhanden sein wird, jedoch keine notwendige Voraussetzung für den Erwerb bildet[108]).

Mit dieser Stellungnahme zu dem Streit um die Bedeutung des Willensmomentes beim Besitzerwerb durch Besitzdiener ist gleichzeitig die Grundlage für die Beantwortung der Frage gewonnen worden, ob die rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen im Rahmen des § 855 entsprechend anwendbar sind[109]). Die Stellvertretung erfordert den Willen des Vertreters, Rechtswirkungen für den Vertretenen zu erzeugen und das Erkennbarmachen dieses Willens. Die obigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Fremdwirkung der Erwerbshandlung nicht vom Willen des Besitzdieners, sondern von objektiven Momenten abhängt. Ein Eigenerwerbswille des Besitzdieners hindert also den Besitzerwerb des Besitzherrn ebensowenig

---

107) Protokolle, 3. Bd., S. 27 ff.

108) a. A. Endemann, 2. Bd., 1. H., § 38, Anm. 9; Last, S. 123 ff. hält den Willen des Herrn für erforderlich, läßt jedoch eine Vertretung des Herrn im Willen durch den Besitzdiener zu; Planck, 4 zu § 855; Rohde, XX, S. 60. Wie hier: Biermann, 4a zu § 855; Dernburg, 3. Bd., § 20 II; Kaemmerer, S. 188; Rosenberg, V 3 zu § 855; Sokolowski, S. 321.

109) Vgl. hierzu u. a. Bruns, S. 87 f.; Dernburg, 3. Bd., § 20, II; Last, S. 123 ff.; Manigk, WE. und WG., S. 656; Planck, 5 zu § 854; Przibilla, S. 351 ff.

wie der Mangel der Erkennbarkeit des Besitzdienerverhältnisses, wenn der Erwerb nur zu dem Kreise der dem Besitzdiener anvertrauten Geschäfte gehört.

Wollte man die Frage, welche Voraussetzungen der Besitzerwerb des Besitzherrn, welche der des Besitzdieners selbst erfordert, unter analoger Verwendung der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen lösen, so müßte man, um Widersprüchen zwischen dem an objektive Voraussetzungen geknüpften Erwerb des Besitzherrn und dem Willen des Besitzdieners aus dem Wege zu gehen, die Analogie nur unter Ausschluß zweier wesentlicher Elemente der Stellvertretung zulassen; es sind dies der Fremdwille des Vertreters und das Offenheitsprinzip [110]). Damit entfällt aber der Begriff der Stellvertretung, und von einer analogen Anwendung der Stellvertretungsnormen kann füglich nicht mehr die Rede sein; denn jede Analogie setzt eine Rechtsähnlichkeit voraus, d. h. eine Übereinstimmung des mit Hilfe der Analogie zu lösenden Falles mit dem im Gesetz entschiedenen Tatbestande in denjenigen Teilen, die für die im Gesetz erfolgte Regelung bestimmend gewesen sind [111]).

Das Offenheitsprinzip und der Fremdwille des Vertreters sind Elemente des gesetzlichen Stellvertretungsbegriffes, die, was nicht bestritten werden wird, für die Regelung der Stellvertretung im BGB. bestimmend gewesen sind. Der Mangel der Übereinstimmung in diesen Teilen läßt deshalb die hier in Rede stehende Analogie unzulässig erscheinen.

Nun wird allerdings behauptet, daß, obwohl für die Wirkung des Besitzdienererwerbs die §§ 164 ff. nicht richtunggebend sind, eine Vertretung insofern zulässig und notwendig sei, als zum Besitzerwerb stets oder wenigstens bisweilen ein Besitzerwerbswille des erwerbenden Subjekts erforderlich sei und deshalb dieser Wille, wenn er nicht beim Vertretenen selbst vorhanden ist, von dem Besitz-

---

110) So auch in der Tat bezüglich des Offenheitsprinzips Przibilla, S. 353 ff., insbes. S. 355, Anm. 1.

111) Vgl. Enneccerus, I. Bd., 1. Abt., § 53 II.

diener als Stellvertreter des Besitzherrn im Besitzerwerbswillen hergeleitet werden müsse[112]).

Diese Ansicht beruht auf einer irrtümlichen Auffassung über die Bedeutung des Willensmomentes im Begriff des Besitzes und im Tatbestand des Besitzerwerbs überhaupt. Der Besitzerwerbswille ist, soweit er nach dem Rechte des BGB. überhaupt noch in Betracht kommt, nur für die Frage nach dem Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt erheblich[113]). Er ist aber nicht ein notwendiges und neben dem Zustand der tatsächlichen Gewalt bestehendes selbständiges Erfordernis des Besitzes. Vielmehr ist die Willensrichtung des erwerbenden Subjekts nur dann erheblich, wenn das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt nicht aus den objektiven Tatbestandsmerkmalen allein erkannt werden kann. Die Bedeutung des Willensmoments ist nicht die eines selbständigen und notwendigen Erfordernisses neben den räumlichen Verhältnissen, nicht corpus und animus sind die Elemente des Besitztatbestandes, sondern der Besitzwille ist nur Tatbestandselement der tatsächlichen Gewalt und nicht einmal ein notwendiges[114]). Aus der nachfolgenden Betrachtung scheidet deshalb von vornherein die Gruppe derjenigen Fälle aus, in denen Besitz ohne einen entsprechenden Willen begründet wird, denn wo kein Wille zum Erwerb erforderlich ist, besteht auch kein Bedürfnis zu einer Vertretung in dem etwa noch vorhandenen aber nicht notwendigen Erwerbswillen. Ist ein auf den Erwerb gerichteter Wille des Besitzherrn vorhanden und erfüllen sich die sonstigen Voraussetzungen der tatsächlichen Gewalt in der Person des Besitzdieners, so ist ebenfalls eine Vertretung im Erwerbswillen nicht erforderlich, die tatsächliche Gewalt und der Besitz ist dem Besitzherrn erworben, da die in der Person des Besitzdieners begründeten Gewaltmomente kraft des Abhängigkeitsverhältnisses dem Herrn zugerechnet werden.

Fraglich bleibt also nur noch die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Vertretung in allen den-

112) Vgl. Last, S. 123 ff.
113) Vgl. oben, S. 7 ff.
114) Vgl. oben, S. 7 ff.

jenigen Fällen, in denen der zur Herstellung der tatsächlichen Gewalt erforderliche Erwerbswille nicht vom Besitzherrn selbst, sondern vom Besitzdiener gefaßt wird. Die Beurteilung dieser Willensbildung nach Analogie der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen führt zu einem Widerspruch mit der Regel, daß der in dem Wirkungskreis des Besitzdieners begründete Besitz dem Besitzherrn erworben ist; denn, da bei analoger Anwendung der Vorschriften über die Vertretung der Mangel des Eigenerwerbswillens bei nicht erkennbarer Vertretung außer Betracht bleibt (§ 164 Abs. 2) müßte ein Erwerb des Besitzdieners beim Fehlen der Erkennbarkeit des Fremdwillens sowohl dann angenommen werden, wenn der Erwerb zu dem Kreis der dem Besitzdiener anvertrauten Geschäfte gehört, als auch dann, wenn der Besitzdiener die Fremdwirkung zwar will, aber diesen Willen nicht geäußert hat. Die Analogie stünde also nicht nur im Widerspruch zu der hier vertretenen Ansicht, derzufolge grundsätzlich objektive Momente für die Wirkung des Besitzdienererwerbs richtunggebend sind, sondern auch zu derjenigen Lehre, die das entscheidende Kriterium ausschließlich im Willen des Besitzdieners erblickt.

Soweit ein Wille zum Besitzerwerb erforderlich ist und der Besitzherr diesen Willen nicht selbst hat, kann dieser Wille auch durch den Besitzdiener hergestellt werden. Der Wille des Besitzdieners kommt jedoch nur insoweit in Betracht, als er die Erlangung der tatsächlichen Gewalt zum Gegenstand hat. Ob der Besitzdiener die Sache für sich oder den Besitzherrn erwerben will, ist dabei bedeutungslos, denn der Grund für die Fremdwirkung ist nicht die Willensrichtung des Besitzdieners, sondern das soziale Abhängigkeitsverhältnis, dem gegenüber der widerstrebende Wille des Besitzdieners ohnmächtig ist.

Eine entsprechende Anwendung der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen ist auch dann abzulehnen, wenn der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sache nach Maßgabe des § 854 Abs. 2 erlangt hat. Da das durch die Einigung mit dem bisherigen Besitzer hergestellte Beziehungsverhältnis des Erwerbers zu der Sache im Falle des § 854 Abs. 2 als tatsächliche Gewalt im Sinne

der Verkehrsauffassung bezeichnet werden darf[115]), so wird, wenn ein Besitzdiener in eine derartige Beziehung zu einer Sache gelangt, durch die Herstellung dieses Gewaltverhältnisses in gleicher Weise wie durch jede andere durch den Besitzdiener im Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses begründete Herrschaft tatsächliche Gewalt und Besitz für den Herrn erworben. Der Wille des Besitzdieners spielt in diesen Fällen keine andere Rolle als bei jedem anderen durch bloße corpus-Handlung des Besitzdieners bewirkten Besitzerwerb des Besitzherrn. Damit entfällt hier die Möglichkeit einer analogen Anwendung der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen[116]).

Was weiter oben über den Inhalt der Einigung des § 854 Abs. 2 gesagt ist, behält jedoch auch bei dieser Sachlage seine Gültigkeit[117]). Es müssen vor allem der Besitzdiener und der bisherige Besitzer über die Person des Erwerbers einig sein. Der Besitzdiener kann auch hier nur dann selber Besitz erlangen, wenn der Eigenerwerbswille in objektiv erkennbarer Weise hervorgetreten ist. In allen anderen Fällen hat der Besitzherr den Besitz erworben oder es ist mangels Einigung über die Person des Erwerbers keine Änderung in dem Besitzstand vor sich gegangen.

Daß auch ein Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Besitzdiener möglich ist, wird auf Grund der bisherigen Ausführungen kaum zweifelhaft erscheinen. Da das Verhältnis, in dem sich ein mittelbarer Besitzer zu der in unmittelbarem Besitz des Mittlers stehenden Sache befindet, als tatsächliche Gewalt bezeichnet werden muß, so wird, falls ein Besitzdiener, etwa durch constitutum possessorium, durch Erwerb des Herausgabeanspruches gemäß § 870, durch Erwerb eines Konossements, Ladescheins oder Lagerscheins oder in sonstiger Weise eine derartige Gewalt begründet, dem Herrn tatsächliche Gewalt und mittelbarer Besitz verschafft, sofern nur die Erwerbstätigkeit zu dem

---

115) Vgl. oben, S. 12 f.

116) Vgl. hierzu Crome, 3. Bd., § 348 I 2a; Rosenberg, II 2b zu § 854.

117) Vgl. oben, S. 30 f.

Kreis der den Besitzdiener angewiesenen Verrichtungen gehört [118]).

c) Verlust des durch Besitzdiener gehaltenen Besitzes.

Auf Grund der Erkenntnis, daß die durch einen Besitzdiener vermittelte Beziehung des Besitzherrn zu der Sache tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 Abs. 1 ist, war gefolgert worden, daß der Besitzerwerb durch Besitzdiener nach Maßgabe des § 854 Abs. 1 zu beurteilen ist. Eine weitere Konsequenz dieser Ansicht ist, daß die Beendigung des Besitzes an einer Sache, über die ein Besitzdiener die tatsächliche Gewalt ausübt, unter der Regel des § 856 steht [119]), daß also ein Besitzdiener den Besitz des Herrn stets dann und nur dann aufhebt, wenn er die tatsächliche Gewalt des Herrn, sei es mit, ohne oder sogar gegen den Willen des Letzteren beendet. Das kann in der verschiedensten Weise geschehen, etwa indem der Besitzdiener die Sache vernichtet oder dadurch, daß er sie derart beiseite schafft, daß jede Möglichkeit einer Wiedererlangung für immer ausgeschlossen ist [120]), daß er einem Dritten den Besitz verschafft und schließlich auch in der Weise, daß er eigenen Besitz an der Sache begründet. Erforderlich ist in jedem Falle nur, daß der Besitzherr die tatsächliche Gewalt über die Sache verliert. Dabei kommt es auf den Willen des Herrn nicht an. Der Wille des Besitzdieners ist jedoch nur insofern zu berücksichtigen, als er für die Frage nach dem Bestehen der tatsächlichen Gewalt von Bedeutung sein kann. Denn es darf nicht übersehen werden, daß der äußere Sachverhalt im Falle einer Beendigung derselbe sein kann wie im Falle der Fortdauer des Besitzes. So z. B. kann der Fall, daß ein Schneidergeselle einen Anzug in seine Wohnung geschafft hat, der seinem

---

118) Ebenso Bruns, S. 96, 153; Przibilla, S. 346 ff., insbesondere S. 356; a. A. Rosenberg, II, 2b zu § 868.

119) Rosenberg, VI zu § 855; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 33 2c.

120) z. B. wenn er ein Geldstück in das Meer wirft oder eine Flüssigkeit ausgießt.

Meister zur Ausbesserung überlassen war, als Besitzentziehung beurteilt werden, wenn nämlich der Geselle den Willen hatte, sich den Anzug anzueignen. Dagegen muß der Besitz des Meisters als fortbestehend angesehen werden, wenn der Geselle den Anzug nur deshalb mitgenommen hatte, weil er ihn zu Hause ausbessern wollte. Der Wille des Besitzdieners allein bewirkt hier die verschiedene rechtliche Beurteilung dieser äußerlich völlig gleichartigen Tatbestände.

Im Gegensatz hierzu behauptet Binder[121]), daß der Besitzdiener nur dann Besitzer der Sache werden kann, über die er bisher für seinen Herrn die tatsächliche Gewalt ausgeübt hat, wenn das die Besitzdienerschaft vermittelnde „Rechtsverhältnis" aufgehoben ist. Binder führt zur Begründung seiner Ansicht an, daß der Besitzdiener keine tatsächliche Gewalt an den ihm anvertrauten Sachen hat, daß er also durch den animus allein auch nicht tatsächliche Gewalt und Besitz erwerben und damit den Besitz des Herrn aufheben kann. Damit stimmt die hier vertretene Ansicht insofern überein, als dem Besitzdiener eine tatsächliche Gewalt nicht zugesprochen werden kann, sofern hierunter eine tatsächliche Beziehung der Person zu der Sache verstanden wird, welche nach der Verkehrsanschauung der Person die Herrschaft über die Sache verleiht. Ebenso muß Binder nach den vorhergehenden Erörterungen darin beigepflichtet werden, daß der bloße Willensentschluß des Besitzdieners, von nun an selber Besitzer zu sein, an dem Besitzstande noch nichts ändern kann. Binder übersieht aber, daß der Besitzdiener durch seine Besitzdienereigenschaft nicht gehindert wird, die Sache dem Machtbereich des Herrn derart zu entziehen, daß dieser jede Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, oder sie wieder an sich zu bringen, verliert. Bei dieser Sachlage wird man den Herrn nicht mehr als Inhaber der tatsächlichen Gewalt und deshalb auch nicht mehr als Besitzer bezeichnen können.

Es bleibt noch zu erwähnen, daß auch der Tod des Besitzdieners einen durch Besitzdiener gehaltenen Besitz

---

121) § 2, Anm. 76.

beenden kann; dieses jedoch nur dann, wenn die tatsächliche Gewalt des Herrn ausschließlich durch die gewaltvermittelnde Tätigkeit des Besitzdieners begründet war [122]), der Besitzer also durch den Tod seines Besitzdieners die Möglichkeit einer tatsächlichen Einwirkung auf die Sache verloren hat.

Die Beendigung des Abhängigkeitsverhältnisses hat den Besitzverlust des Besitzherrn nur dann zur Folge, wenn er nach der Auflösung des Abhängigkeitsverhältnisses nicht mehr in der Lage ist, die Gewalt selbst oder durch einen anderen Besitzdiener auszuüben [123]).

Durch eine Einigung gemäß § 854 Abs. 2 kann der Besitzdiener den Besitz des dominus nur beenden, wenn er zum Abschluß der Einigung bevollmächtigt ist. Folgende Überlegung wird das beweisen: das Gesetz macht den Übergang des Besitzes von der Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers abhängig. Handelt der bisherige Besitzer nicht persönlich, so kann die Einigung nur wirksam sein, falls er sich in der Abgabe der Einigungserklärung vertreten läßt. Die Wirksamkeit ist, da die Vorschriften der §§ 164 ff. entsprechend anzuwenden sind [124]), von dem Vorhandensein einer Vertretungsmacht oder einer Genehmigung der durch den Vertreter abgegebenen Erklärung abhängig. Der Besitzdiener aber ist zu einer derartigen Vertretung nicht ohne weiteres befähigt, er vertritt den Besitzherrn kraft seiner Stellung lediglich in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt und nicht im Willen. Er nimmt also im Hinblick auf die Fähigkeit, für seinen Herrn Besitz nach Maßgabe des § 854 Abs. 2 durch Tradition zu beenden, dieselbe Stellung ein, wie jeder andere Vertreter im Abschluß der Einigung. Eine derartige Vertretung ist aber nach Analogie der §§ 164 ff. zu beurteilen, d. h. sie kann nur wirksam sein, wenn eine Bevoll-

---

122) Crome, 3. Bd., § 349, I 2a; Kreß, S. 169; Planck, 4 zu § 856; Rohde, XX, S. 65; Rosenberg, VI, 1 zu § 855.

123) Crome, 3. Bd., § 349, I 2b; Rohde, XX, S. 24 ff.; Rosenberg, VI, 3 zu § 855.

124) Vgl. oben, S. 28 ff.

mächtigung des Vertreters oder eine Genehmigung bei der Einigungserklärung seitens des Geschäftsherrn stattgefunden hat.

3. Mittelbarer Besitz als Fall der Stellvertretung im Besitz.

a) Begriffsbestimmung.

Es ist üblich, den Tatbestand der Besitzvermittlung als Fall der Stellvertretung im Besitz zu bezeichnen [125]). Um eine Vertretung im Sinne der §§ 164 ff. handelt es sich hier jedoch nicht [126]); denn es findet im Falle der Besitzausübung ebenso wie im Falle der Begründung oder der Beendigung des Besitzes durch Besitzmittler keine Vertretung im Willen noch eine solche in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt statt. Daß es sich hier um keine Stellvertretung im Willen handelt, soll weiter unten dargestellt werden. Daß aber auch nicht von einer Stellvertretung im Besitzcorpus die Rede sein kann, erhellt, wenn man sich vergegenwärtigt, daß eines der notwendigsten Elemente, die das Wesen der Stellvertretung ausmachen, hier nicht vorhanden ist. Wir sprechen heute nur dann von einer Stellvertretung, wenn die Wirkungen der Vertreterhandlung ausschließlich in der Person des Vertretenen eintreten, der Vertreter aber von den Folgen des Geschäfts nicht betroffen wird. Das ist bei der Besitzvermittlung nicht der Fall, denn sowohl der Besitzmittler wie der mittelbare Besitzer haben Besitz [127]). Dennoch ist es üblich, in diesen Fällen von Stellvertretung im Besitz zu sprechen. Es besteht kein Bedürfnis, von dieser Gewohnheit abzuweichen, solange man sich nur über die Berechtigung dieser Terminologie im klaren ist und sich durch sie nicht zu einer unangebrachten Übertragung der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen auf das Gebiet

---

125) So z. B. Sokolowski, S. 317; Rosenberg, V zu § 854; v. Staudinger, IV zu § 854.

126) Ebenso v. Staudinger, 9 vor § 164.

127) Vgl. hierzu Rosenberg, V zu § 854; v. Staudinger, 9 vor § 164.

der Besitzvermittlung verleiten läßt; denn, wie schon einmal ausgeführt wurde, ist, abgesehen von dem Fall des § 854 Abs. 2 für eine direkte oder entsprechende Anwendung rechtsgeschäftlicher Stellvertretungsnormen (§§ 164 ff.) im Besitzrecht des BGB. kein Raum [128]). Für den mittelbaren Besitz bedeutet dies, daß die Erfordernisse des mittelbaren Besitzes in gleicher Weise wie die Voraussetzungen seiner Entstehung und seiner Beendigung ausschließlich den besitzrechtlichen Vorschriften des BGB. zu entnehmen sind.

b) Die Voraussetzungen der Besitzvermittlung.

Zwei Elemente sind es, die den Tatbestand der Besitzvermittlung ausmachen; der unmittelbare Besitz des Besitzmittlers und das Bestehen einer rechtlichen Beziehung zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer.

Bezüglich des ersten Erfordernisses begegnet man in der Literatur und der Rechtsprechung keinen nennenswerten Meinungsverschiedenheiten. Es wird kein Unterschied zwischen dem Besitz des Besitzmittlers und dem Besitz jedes anderen unmittelbaren Besitzers gemacht.

Hinsichtlich der den Besitz des mittelbaren Besitzers vermittelnden Rechtsverhältnisse besteht jedoch in mancher Hinsicht Streit. Die Hauptschwierigkeit liegt darin, die typischen Merkmale der dem Nießbrauch, dem Pfandrecht, der Pacht, der Miete und der Verwahrung „ähnlichen Verhältnnisse" herauszufinde.

Fast allgemein wird anerkannt [129]), daß dem Oberbesitzer auf Grund des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses gegen den Mittler ein Anspruch auf Herausgabe der Sache zustehen müsse. Das folgert man mit Recht aus der im Gesetz selbst erwähnten zeitlichen Beschränkung des

---

128) Vgl. oben S. 25 ff. und 28 ff.

129) So z. B. Biermann, 2a zu § 868; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 9 II 3; Kreß, S. 202, 209; Rohde, XXI, S. 14; Strohal, S. 18 f.; abweichend: Bruns: S. 156 f.; Przibilla, J. W. 08, S. 396; Rosenberg, II, 2b δ zu § 868; Wolff, § 8, I, 2.

Rechts zum Besitz und aus der durch § 870 gewährten Möglichkeit, mittelbaren Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruches zu übertragen. Es fragt sich aber, ob dieses aus dem Relativsatz (des § 868) „vermöge dessen usw." zu entnehmende Merkmal des mittelbaren Besitzes ausreicht, um den Kreis der zur Besitzvermittlung geeigneten Verhältnisse hinreichend abzugrenzen, oder ob darüber hinaus auch sonstige Merkmale, die dem Nießbrauch, dem Pfandrecht usw. gemeinsam sind, als notwendige Bestandteile in den „ähnlichen Verhältnissen" enthalten sein müssen. Die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich zu dieser Frage geäußert haben[130]), hat mit Recht das letztere im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes für zutreffend erklärt. Verhielte es sich nicht so, so wäre nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber sich des Wortes „ähnlich" bedient und nicht schlechtweg von „anderen" oder „sonstigen" Verhältnissen spricht.

Es muß also, abgesehen von der in dem Relativsatz „vermöge dessen usw." erwähnten zeitlichen Beschränkung[131]) des Rechtes zum Besitz und des hiermit zusammenhängenden Herausgabeanspruchs, ein weiteres Merkmal vorhanden sein, das allen besitzvermittelnden Rechtsverhältnissen gemeinsam ist.

Dieses Kriterium soll einer weitverbreiteten Ansicht zufolge darin zu finden sein, daß die Sache dem Besitzmittler von dem Oberbesitzer auf Zeit zum Besitz überlassen ist und jener die Sache als anvertraute zu behandeln hat. F. Leonhard[132]) hat zutreffend die Schwächen die-

---

130) z. B. Planck, 2b β zu § 868 in den ält. Aufl.; v. Staudinger, I, 2b zu § 868; Thiesing, S. 245.

131) Rosenberg (II, 2b β zu § 868) spricht sogar von einer inhaltlichen Beschränkung. Er unterstellt, daß ein zeitlich unbegrenztes Erbbaurecht ein zur Besitzvermittlung geeignetes Rechtsverhältnis ist und schließt daraus, daß beim Vorhandensein einer inhaltlichen Beschränkung und der sonstigen von ihm aufgestellten Voraussetzungen des § 868 von dem Erfordernis einer zeitlichen Beschränkung des Rechtes zum Besitz abgesehen werden kann. Die Unterstellung und infolgedessen auch die Schlußfolgerung sind indessen nicht unbedenklich.

132) a. a. O., S. 61 ff.

ser Lehre, die erstmalig von Strohal[133]) vertreten wurde, aufgedeckt[134]). Wenn der Besitz nur an Sachen vermittelt würde, die vorher im unmittelbaren Besitz des mittelbaren Besitzers gestanden haben, so wäre die Besitzmittlerschaft in zahlreichen Fällen, die unstreitig und allgemein unter den Tatbestand des § 868 subsumiert werden, zu verneinen. Der Besteller eines Nießbrauches z. B. würde in den Fällen der §§ 1041 ff. keinen mittelbaren Besitz an den vom Nießbraucher zum Zwecke der Erneuerung und Ausbesserung angeschafften Sachen erlangen; aus demselben Grunde würde der Verpächter eines Grundstücks in den Fällen der §§ 586 Abs. 2 Satz 2 und 588 Abs. 2 nicht mittelbarer Besitzer der vom Pächter angeschafften Inventarstücke werden.

In der richtigen Erkenntnis, daß eine derartige Regelung dem Sinne des Gesetzes zuwiderlaufen würde, hat Strohal darauf verzichtet, die Konsequenz seiner Lehre zu ziehen, die darin bestehen müßte, mittelbaren Besitz nicht anzunehmen, sofern der Besitzmittler die Sache von einem Dritten empfangen hat. Wenn F. Leonhard[135]) sagt, daß die Auffassung Strohals in diesen Fällen mit dem „Erfordernis des Anvertrauens nur gezwungen oder gar nicht in Übereinstimmung zu bringen sei", so kann ihm nur zugestimmt werden.

Wesentlich überzeugender ist die vorwiegend in der Literatur[136]) und auch vom Reichsgericht[137]) vertretene Ansicht, derzufolge der Besitzmittler stets sein Recht zum

---

133) a. a. O., S. 20 ff., ihm folgen u. a.: Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 9 II 4; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 31, 1c; Goldmann-Lilienthal, § 1, Anm. 12; Pudor, J. W. 1905, S. 314 f.

134) Auch Rohde, XXI und Rosenberg, II 2c α zu § 868 haben diese Ansicht wirksam bekämpft.

135) a. a. O., S. 61.

136) Biermann, 2c zu § 858; Bruns, S. 156; Crome, 3. Bd., § 345, 1; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 31, 1e; Goldmann-Lilienthal, § 1, Anm. 12; Geißler, in J. W. 1905, S. 521 f.; v. Staudinger, I 2b zu § 868; Thiesing, S. 246; Wolff, § 8 I 1a.

137) RGZ. Bd. 49, S. 173.

Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableiten muß. Diese Ansicht stützt sich in erster Linie auf die Ausdrucksweise des Gesetzes (§§ 941, 986, 991), sodann auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 868[138]). Der lebhafte, bisher noch ungeschlichtete Streit um diese Frage hat seine Ursache nicht zum geringsten Teil in der Unklarheit über den Begriff der „Ableitung des Rechts zum Besitz". Es ist auffallend, daß sich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eine Klarstellung dieses Begriffes findet.

Die „Ableitung des Rechts zum Besitz" setzt voraus, daß derjenige, von dem ein solches Recht abgeleitet wird, im Zeitpunkt der Begründung des abgeleiteten Rechts im Besitz der Sache gewesen oder zum Besitz der Sache berechtigt gewesen ist. Sie besteht in der einem Dritten gewährten Erlaubnis, die Sache in Besitz zu nehmen oder bereits bestehenden Besitz zu behalten, wodurch dem Begünstigten das Recht zum Besitz der Sache zugewandt wird. Die „Ableitung des Rechts zum Besitz" beruht also auf dem Willen des bisherigen Besitzers oder der bisher zum Besitz berechtigten Person und setzt voraus, daß derjenige, von dem das Recht abgeleitet wird, den Besitz oder wenigstens ein Recht zum Besitz der Sache gehabt hat. Das meint wohl auch Kober, wenn er als gemeinsames Merkmal aller besitzvermittelnden Rechtsverhältnisse den Umstand bezeichnet, daß der Besitz des Besitzmittlers mindestens mit dem Willen des mittelbaren Besitzers an den ersteren gelangt sein muß[139]). Allerdings scheint Kober den Begriff der „Ableitung des Rechts zum Besitz" im Vergleich zu der hier vertretenen Ansicht teils enger, teils weiter zu fassen; denn einerseits spricht er nur dann von einer „Ableitung des Rechts zum Besitz", wenn derjenige, von dem das Recht abgeleitet wird, zuvor im Besitz der Sache gewesen ist, nicht aber, wenn er nur ein Recht zum Besitz der Sache gehabt hat, andererseits hält er es nicht für unbedingt erforderlich, daß jede einzelne z. B. nachgeschaffene Sache vorher im Besitz des mittelbaren Besitzers gestanden hat. Vielmehr genügt es nach seiner Ansicht, wenn sich

138) Protokolle, 3. Bd., S. 218 ff.
139) v. Staudinger, III, § 868 I 2b.

„das Grundverhältnis als Ganzes und Allgemeines gedacht" von dem mittelbaren Besitzer ableitet.

Der hier vertretenen und der Ansicht von Kober von der „Ableitung des Rechts zum Besitz" ist gemeinsam, daß der Besitz mit dem Willen desjenigen, von dem das Recht abgeleitet wird, an den Besitzer gelangt sein muß. Für den mittelbaren Besitz bedeutet dies, daß der Mittler den Besitz mit dem Willen des Oberbesitzers erlangt haben muß. Es gibt indessen eine Reihe von Fällen, in denen ein Besitzmittlungsverhältnis auch ohne oder sogar gegen den Willen des Oberbesitzers entstehen kann. So z. B. wenn der Vermieter im Falle des § 561 Abs. 1 die eingebrachten Sachen des Mieters in Besitz nimmt, oder wenn der Ehemann von dem eingebrachten Gut (§ 1373), der Testamentsvollstrecker die zum Nachlaß (§ 2205 Satz 2), der Konkursverwalter die zur Konkursmasse (§ 117, Abs. 1 KO.) gehörenden Sachen in Besitz nehmen.

Der Ansicht von Kober ist überdies entgegenzuhalten, daß in allen Fällen, in denen ein Grundverhältnis der oben bezeichneten Art, z. B. Miete oder Pacht, nicht vorliegt (z. B. beim Auftrag, der Geschäftsführung ohne Auftrag, dem Kommissionsverhältnis und ähnlichen Geschäftsbesorgungsverträgen) ein Besitzmittlungsverhältnis dieser Ansicht zufolge nicht angenommen werden dürfte. Wenn es dennoch geschieht[140]), so liegt hierin eine Inkonsequenz.

Planck, ehedem einer der eifrigsten Vertreter der soeben dargestellten Ansicht, erachtet das Erfordernis der Ableitung des Rechts zum Besitz nicht mehr für begriffswesentlich[141]). Er sieht das entscheidende Merkmal in dem Bestehen eines Nutzungsrechts oder einer Verwaltungspflicht[142]). Demnach sind von den dinglichen Rechten alle

---

140) So v. Staudinger, II 3b zu § 868.

141) II, 2b β zu § 868. Die Auffassung deckt sich nunmehr im wesentlichen mit der Ansicht, die Maenner (§ 14, Anm. 10), Isay (S. 275), Przibilla (J. W. 08, S. 395 ff.) u. a. m. schon früher vertreten haben.

142) Ebenso Lindemann-Soergel, 1 zu § 868.

diejenigen zur Besitzvermittlung geeignet, mit denen ein Recht zum Besitz der Sache verbunden ist; von den Schuldverhältnissen diejenigen, die zum Besitz der Sache berechtigen oder verpflichten und „in welchen der Eigentümer oder wer es auch sein mag, die Sache, ohne seine Rechte an ihnen aufzugeben und ohne sie aus seinem Vermögen fortzugeben, in dem sie vielmehr verbleiben sollen, einem anderen entweder zum Gebrauche und zur Nutzung oder zwecks einer vertragsmäßig festgesetzten, pflichtgemäßen Behandlung, Aufbewahrung, Bewachung, Beförderung, Auslieferung usw. auf Zeit überläßt“ [143]). Das Ähnlichkeitsmerkmal, das tertium comparationis, besteht demnach darin, daß das Besitzmittlungsverhältnis, sofern es dinglicher Art ist, zum Besitz der Sache berechtigt; bei obligatorischen Rechtsverhältnissen ist der Umstand, daß der Oberbesitzer seine Rechte in Bezug auf die Sache nicht verliert und die Sache selbst weiter seinem Vermögen zuzurechnen ist, als das allen diesen Verhältnissen gemeinsame und wesentliche Element anzusehen. Die Auffassung Plancks kommt der Ansicht von Rosenberg [144]) sehr nahe, der das typische Merkmal des mittelbaren Besitzes zutreffend darin sieht, daß der Mittler auf Grund des Besitzmittlungsverhältnisses verpflichtet sein muß, die Sache als (objektiv) fremde, dem Vermögen eines anderen (des mittelbaren Besitzers) angehörende Sache zu behandeln hat, wobei es auf den Willen des Besitzmittlers nicht ankommt [145]). Es wird nicht bezweifelt werden können, daß eine derartige Verpflichtung in allen den besitzvermittelnden Rechtsverhältnissen enthalten ist. Man wird daher nicht zu befürchten haben, daß der Kreis der zur Vermittlung des Besitzes geeigneten Verhältnisse durch die Aufstellung dieses Erfordernisses in unzulässiger Weise beschränkt wird. Zweifelhaft kann vielmehr nur sein, ob dieses Merkmal eine hinreichende Abgrenzung anderen, nicht zur Besitzvermittlung geeigneten Verhältnissen gegenüber gewährleistet. Einem solchen Einwand gegenüber

143) Planck, 2b β zu § 868.
144) a. a. O., II 2b γ zu § 868.
145) Ähnlich Rohde, XXI, S. 17 ff.

könnte nur darauf hingewiesen werden, daß weitere einschränkende Merkmale, insbesondere die von den Vertretern der abweichenden Meinungen aufgestellten Kriterien, aus dem Gesetz nicht herausgelesen werden können, und daß die gegnerischen Ansichten bei konsequenter Durchführung im konkreten Fall widerspruchsvolle Ergebnisse zeitigen. Diese Ansichten sind daher nicht geeignet, die vertretene Auffassung zu widerlegen, insbesondere beweisen sie nicht, daß der durch das oben angeführte Erfordernis abgegrenzte Kreis der besitzvermittelnden Rechtsverhältnisse zu weit gezogen wäre.

Wenn das Kriterium des mittelbaren Besitzes damit gekennzeichnet worden ist, daß der Mittler die Sache als eine fremde, als eine dem Vermögen des mittelbaren Besitzers angehörende zu behandeln hat, so ist damit jedoch weder gesagt, daß der Mittler die Sache stets aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erhalten haben muß, noch daß die Herstellung des mittelbaren Besitzes mit einem Vermögensopfer des Oberbesitzers verbunden gewesen sein müßte [146]). Denn vielfach wird mittelbarer Besitz auch ohne eine Aufwendung aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben. So wird z. B. die Ehefrau, auch ohne ein Vermögensopfer zu bringen, mittelbare Besitzerin der Ersatzstücke, die der Mann anstelle der nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Haushaltsgegenstände anschafft (§§ 1382, 1525 Abs. 2) [147]).

Zusammenfassend ist also über die Erfordernisse der besitzvermittelnden Rechtsverhältnisse folgendes zu sagen: Das Rechtsverhältnis muß dem Mittler ein zeitlich begrenztes Recht zum Besitz der Sache, dem mittelbaren Besitzer einen gegen den Mittler gerichteten Anspruch auf Herausgabe der Sache gewähren; außerdem muß der Mittler auf Grund dieses Rechtsverhältnisses verpflichtet sein, die Sache als dem Oberbesitzer gehörend zu behandeln.

Die vielfach in der Literatur [148]) und in der Praxis [149])

---

146) So F. Leonhard, S. 61 ff.

147) Vgl. Rosenberg, II, 2c δ zu § 868.

148) Biermann, 2d zu § 868; Crome, III, § 345, 1a; Eck-Leonhard, Bd. 2, S. 8, Anm. 3; Endemann, II, 1,

vertretene Ansicht, daß auch ein ungültiges Rechtsverhältnis zur Besitzvermittlung geeignet ist, hat sich im Anschluß an eine Bemerkung in den Protokollen [150]) entwickelt, derzufolge es im Falle der Bestellung eines Nießbrauchs genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen, ein wirksames obligatorisches Rechtsverhältnis indes nicht notwendig sei. Die Vertreter dieser Ansicht gehen von den richtigen Voraussetzungen aus, daß der Besitz stets — und zwar auch der Besitz des mittelbaren Besitzers — mit der Innehabung der tatsächlichen Gewalt zu identifizieren ist, daß der Besitz also ein tatsächliches, nicht rechtliches Verhältnis ist. Das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt könne deshalb nicht von der Entscheidung einer Rechtsfrage, nämlich von der Gültigkeit des den Besitz vermittelnden Rechtsverhältnisses abhängig gemacht werden. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß zwar grundsätzlich nur derjenige tatsächliche Gewalt haben kann, der die Sache rein körperlich beherrscht. Soll jedoch die Sachherrschaft nicht dem Inhaber der körperlichen Gewalt, sondern einem anderen zugerechnet werden, so kann es nur ein anderes als ein rein physisches Moment sein, das einen derartigen Erfolg bewirkt. Im Falle des § 855 ist es die auf sozialer Anschauung beruhende Folgepflicht des Besitzdieners, im Falle des § 868 sind es die durch die Rechtsordnung auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses gewährten Machtmittel gegen den Besitzmittler. Da dieses Machtmittel,

---

§ 31, 1c; § 32, 2b; Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7; derselbe, Dt. Privatrecht, § 114, IIIe; Last, S. 134 ff.; Lindemann-Soergel, 1 zu § 868; F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 71; Planck, 3 zu § 868; RGK. 2 zu 868; Sokolowski, S. 249; v. Staudinger, II, 2 zu § 868. Dagegen: Aravantinos, S. 115 ff.; Bartels, S. 659; Bruns, S. 157; Isay, S. 276; Kreß, S. 200; Maenner, § 16, Anm. 21; Mengelkoch, S. 59 ff.; Müller-Erzbach, S. 365; Rohde, XXI, S. 14, 26 f.; Rosenberg, II, 2a und II, 2c zu § 868; Wolff, § 8, I, 2.

149) RGZ. Bd. 98, S. 133 ff.; Rspr. OLG. 18, S. 141; anders: RGZ. 105, S. 414; Rspr. 15, S. 357.

150) IV, S. 594, 596, 608.

als deren hauptsächlichstes der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers zu nennen ist, nur beim Bestehen eines gültigen Rechtsverhältnisses gewährt werden, so folgt daraus, daß der mittelbare Besitz das Vorhandensein eines solchen zur Voraussetzung haben muß.

Für diese Ansicht spricht auch weiter die Fassung der §§ 868 und 870. Sie berechtigt nicht zu der Annahme, daß auch ein bloß gewolltes, aber nicht wirksames Rechtsverhältnis zur Besitzvermittlung geeignet sein kann. Wenn in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung dennoch dem Wortlaut des Gesetzes zuwider auf die Gültigkeit des Rechtsverhältnisses verzichtet wird, so ist dieses nicht mehr eine Auslegung, sondern eine Korrektur des Gesetzes [151]).

Die Anerkennung des Oberbesitzers, d. h. der Wille des Mittlers, für den Oberbesitzer zu besitzen, ist weder ausreichend noch erforderlich, sondern als Voraussetzung für die Begründung, Erhaltung und die Beendigung des mittelbaren Besitzes vollkommen unerheblich. Das beweist am klarsten der Umstand, daß die Übertragung des mittelbaren Besitzes gemäß § 870 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs in völliger Unabhängigkeit vom Wissen und Willen des Mittlers vor sich geht. Wollte man die bloße Anerkennung des Oberbesitzers durch den Mittler anstelle eines gültigen Rechtsverhältnisses zur Voraussetzung des mittelbaren Besitzes machen, so würde, wie Isay bemerkt [152]), „durch eine Hintertür wieder der Besitzwille des römischen Rechts in das BGB. hineingeschmuggelt". Dann würde sich die Praxis „wieder in die unglückselige Zwangslage zurückversetzt" sehen, „nach inneren Willensvorgängen der Parteien forschen und auf sie ihre Entscheidung gründen zu müssen; der ganze Kampf gegen das übermächtige Willensdogma wäre umsonst gewesen" [153]).

c) Die Entstehung des mittelbaren Besitzes.

Mittelbarer Besitz entsteht beim Vorliegen der im vorhergehenden Abschnitt angeführten Voraussetzungen. Die

151) Vgl. Müller-Erzbach, S. 365.
152) a. a. O., S. 276.
153) Isay, S. 276.

von Bruns[154]) vertretene Ansicht, daß darüber hinaus noch eine besondere Einigung zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer über die Herstellung des mittelbaren Besitzes bestehen müsse, hat keinen Anklang gefunden.

Mittelbarer Besitz entsteht in der Regel dadurch, daß der unmittelbare Besitzer einem anderen den unmittelbaren Besitz überläßt und mit ihm ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart, so z. B. wenn jemand die in seinem unmittelbaren Besitz stehende Sache vermietet, verpachtet, verpfändet, in Verwahrung gibt usw.

Ebenso kann unstreitig der mittelbare Besitz auch durch constitutum possessorium erworben werden, d. h. dadurch, daß der unmittelbare Besitzer ein Rechtsverhältnis eingeht, auf Grund dessen er dem Vertragsgegner mittelbaren Besitz verschafft.

Nicht unstreitig ist, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen mittelbarer Besitz in der Weise begründet werden kann, daß der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz von einem Dritten erwirbt und der Erwerber zugleich einem Oberbesitzer den mittelbaren Besitz verschafft.

Es war bereits darauf hingewiesen worden, daß der Besteller eines Nießbrauchs in den Fällen der §§ 1041 ff. mittelbaren Besitz an den vom Nießbraucher zum Zwecke der Erneuerung und Ausbesserung angeschafften Sachen erlangt, daß der Verpächter in den Fällen der §§ 586 Abs. 2 Satz 2 und 588 Abs. 2 mittelbarer Besitzer der vom Pächter ergänzten Inventarstücke wird, und daß auch die Ehefrau mittelbaren Besitz erlangt über die von dem Mann anstelle der nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Haushaltsgegenstände angeschafften Ersatzstücke (§§ 1382, 1525 Abs. 2). Das gleiche gilt in allen anderen Fällen, in denen das Gesetz dem Oberbesitzer Eigentum zuschreibt, sofern die Sache auf Grund eines Besitzmittlungsverhältnisses erworben wird oder in ein bereits bestehendes Besitzmittlungsverhältnis derart hinein-

---

154) a. a. O., S. 164. Dagegen Hellmann, S. 116; Rosenberg, V, 1 zu § 868.

gestellt wird, daß man sagen kann, der Mittler besitze die Sache von diesem Zeitpunkt ab als Nießbraucher, als Pächter usw., so z. B. in den Fällen der §§ 1075, 1212, 1287, 1378, 1381, 1646. Hier erwirbt der Mittler die Sache als eine fremde, als einem anderen, dem Oberbesitzer, gehörend. Hierin liegt der Grund für die Entstehung des mittelbaren Besitzes. Dagegen ist nicht, wie Rosenberg annimmt[155]), aus dem Eigentumserwerb des Oberbesitzers auf die Entstehung des mittelbaren Besitzes zu schließen. Das Gesetz knüpft vielmehr den Erwerb des Eigentums und die Begründung des mittelbaren Besitzes an dieselbe Voraussetzung, nämlich daran, daß die Sache auf Grund des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses erworben wird[156]) oder, falls sie sich bereits im unmittelbaren Besitz des Mittlers befunden hat, von diesem in das Besitzmittlungsverhältnis hineingestellt wird. So ist z. B. der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks, der eine elektrische Glühbirne als Ersatz für eine zum Inventar gehörende und unbrauchbar gewordene Birne angeschafft hat, alleiniger Eigentümer und Besitzer derselben, solange er sie noch nicht dem Inventar einverleibt hat (§ 588 Abs. 2 Satz 2), sie etwa in seiner Stadtwohnung aufbewahrt. Erst dann, wenn er die Birne anstelle der unbrauchbar gewordenen in die Fassung schraubt, ist sie in das Besitzmittlungsverhältnis hineingestellt. Der Verpächter hat alsdann mittelbaren Besitz und Eigentum erworben. Handelt es sich um eine gestohlene Glühbirne, so wird der Verpächter zwar nicht Eigentümer (§ 935), trotzdem aber mittelbarer Besitzer. Daraus folgt, daß nicht aus dem Eigentumserwerb auf die Entstehung des mittelbaren Besitzes zu schließen ist, wie Rosenberg behauptet, sondern, daß in diesen Fällen für den Erwerb des Eigentums und des mittelbaren Besitzes stets eine gemeinsame Voraussetzung besteht.

Der Besitzerwerb des Beauftragten, des Kommissionärs, des Geschäftsführers ohne Auftrag und ähnlicher, mit der Besorgung von Geschäften betrauter Personen, steht unter

155) a. a. O., V, 1e zu § 868.
156) So z. B. im Falle des § 1075.

der gleichen Regel[157]). Auch hier ist zu unterscheiden, ob der Erwerb unmittelbar auf Grund des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses erfolgt, oder ob, falls eine derartige Beziehung in Ansehung der zu erwerbenden Sache nicht besteht, der Beauftragte zunächst den alleinigen unmittelbaren Besitz erlangt und dem Auftraggeber erst dann den Besitz vermittelt, wenn er die Sache derart in dies Verhältnis hineinstellt, daß man sagen kann, die Mittelsperson besitzt die Sache von nun an als Beauftragter[158]).

Ersteres ist stets dann der Fall, wenn der Beauftragte den Besitz der Sache auf Grund eines dem Auftraggeber zustehenden Aneignungsrechts oder in Erfüllung einer gegenüber dem Auftraggeber bestehenden Verpflichtung zur Besitzverschaffung erhalten hat, d. h. stets dann, wenn die Kausalbeziehung in Ansehung der zu erwerbenden Sache bereits vorher für den Auftraggeber bestanden hat oder gleichzeitig begründet wird[159]).

Wird dagegen der Beauftragte gleichzeitig als Besitzmittler und als Vertreter im Abschluß des kausalen Rechtsgeschäfts tätig, so vermittelt er den Besitz nicht etwa auf Grund der Vertretungsmacht[160]), sondern auf Grund des Auftrags; denn die Stellvertretung (die lediglich nach außen wirkt) ist kein zur Besitzvermittlung geeignetes Rechtsverhältnis.

Auch die causa des Besitzerwerbs ist nicht der Grund für die Entstehung des mittelbaren Besitzes in der Person des Auftraggebers. Sie ist lediglich bedeutsam für die Entscheidung der Frage, ob der Erwerb auf Grund des

---

157) Im folgenden wird der Kürze halber nur von Auftrag, Auftraggber und Beauftragtem gesprochen werden, womit aber auch die ähnlichen oben erwähnten Rechtserscheinungen gemeint sind.

158) Ebenso Kniep, S. 259 ff.; F. Leonhard, S. 98; Rosenberg, II, 2b ζ und II, 2d ζ zu § 868; Staudinger, II, 3b β zu § 868.

159) Rosenberg, II, 2d ζ zu § 868.

160) So Draganesco, S. 80 unter Verweisung auf eine mißverstandene und ungenau zitierte Bemerkung in den älteren Auflagen des Sachenrechts von Wolff (2. Bd., 1. H., § 14, IV); wie hier Endemann, 2. Bd., 1. Abtlg., § 38, 2.

besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses erfolgt ist[161]). Der Besitzerwerb des Auftraggebers ist von keinen weiteren Voraussetzungen als den soeben erwähnten abhängig. Unerheblich ist insbesondere, ob der Beauftragte beim Erwerb des Besitzes ausdrücklich oder erkennbar im Namen des Auftraggebers gehandelt hat; die rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen sind auch hier weder direkt noch analog anwendbar[162]). Die vorstehenden Ausführungen lassen erkennen, daß im Hinblick auf den Besitzerwerb durch Beauftragte weder dem Willen des Auftraggebers noch des Beauftragten irgendwelche Bedeutung beizumessen ist, insbesondere kann, falls sich der Erwerb auf Grund des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses vollzieht, dem Mittler nicht die Fähigkeit beigemessen werden, den Besitzerwerb des Auftraggebers durch einen entgegenstehenden Willen zu hindern[163]).

Nach dem Gesagten kann es nicht zweifelhaft erscheinen, daß der Beauftragte in diesen Fällen die Stellung eines Besitzmittlers nicht erst durch ein Besitzkonstitut mit dem Oberbesitzer erlangt, sondern daß der Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch den Beauftragten und des mittelbaren Besitzes durch den Auftraggeber zeitlich zusammenfallen und das eine ohne das andere nicht gedacht werden kann.

Besteht in Ansehung der zu erwerbenden Sache keine auf den Auftraggeber hinweisende Kausalbeziehung, was stets der Fall ist, wenn das dem Besitzerwerb kausale Rechtsgeschäft auf den Namen des Beauftragten abgeschlossen ist, wie dies bei der Einkaufskommission die Regel ist, so wird zunächst lediglich von dem Beauftragten der unmittelbare Besitz erworben. Der mittelbare Besitz des Auftraggebers tritt erst als Folge einer Handlung des Beauftragten ein, kraft deren die erworbene Sache in das Besitzmittlungsverhältnis hineingestellt wird. Die Hand-

161) Rosenberg, II, 2d ζ zu § 868.

162) Ebenso Bruns, S. 167 f.; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 38, 2b; Isay, S. 351; Jung, S. 658; Rosenberg, II, 2d ζ zu § 868, a. A. Przibilla, S. 330, 332; v. Staudinger, II, 3b zu § 868.

163) Ebenso Rosenberg, II, 2b ϑ zu § 868.

lung muß erkennen lassen, daß der Beauftragte die Sache von jetzt ab als eine fremde, als dem Auftraggeber gehörend, besitzt. Der verschiedentlich vertretenen Ansicht[164]), daß diese Handlung den Beauftragten binden müsse und nicht wieder von ihm beliebig rückgängig zu machen sein dürfe, kann nicht zugestimmt werden. Die Aufstellung eines derartigen Erfordernisses erscheint durch nichts gerechtfertigt. Hat der Beauftragte irgendeine Handlung vorgenommen, die erkennen läßt, daß er die Sache als dem Auftraggeber gehörend besitzt, z. B. wenn er, wie in dem von Kniep angeführten Fall[165]), die auftragsgemäß für den Kunden erworbenen Wertpapiere in ein Paket legt und dies mit dem Namen des Auftraggebers versieht, so ist damit die erforderliche Beziehung zwischen der Sache und dem besitzvermittelnden Rechtsverhältnis hergestellt, d. h. der mittelbare Besitz ist dem Auftraggeber erworben. Ist die Sache in das Besitzmittlungsverhältnis durch eine Handlung des Beauftragten hineingestellt und damit der mittelbare Besitz des Oberbesitzers begründet, so hat nicht jeder Akt, durch den diese Handlung des Beauftragten wieder rückgängig gemacht wird, die Beendigung des mittelbaren Besitzes zur Folge. Ob dieses der Fall ist, richtet sich nach den allgemeinen (weiter unten erörterten) Grundsätzen über die Beendigung des mittelbaren Besitzes, die unter der Regel des § 856 stehen. Es ist deshalb nicht mit Kniep[166]) u. a. zu fordern, daß stets eine Aussonderung stattfinden müsse, die nicht beliebig wieder zurückgenommen werden kann. Ein derartiges Erfordernis ist entbehrlich, da auch, wenn man den mittelbaren Besitz in diesen Fällen durch Handlungen entstehen läßt, die wieder rückgängig gemacht werden können, die Besitzschutzansprüche dem mittelbaren Besitzer eine hinreichende Gewähr für die Erhaltung oder Wiederherstellung seiner Besitzerstellung gewährleisten.

---

164) So F. Leonhard, S. 98; Kniep, S. 259; v. Staudinger, II, 3b β zu § 868, u. a. Dagegen: Rosenberg, II, 2d ζ zu § 868.

165) a. a. O., S. 259.

166) a. a. O., S. 259.

Rosenberg[167]) hat zutreffend darauf hingewiesen, daß die Handlung, durch die die Sache in das Besitzmittlungsverhältnis hineingestellt wird, ein rechtsgeschäftlicher Akt ist, der allen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere der Anfechtung wegen eines Willensmangels, unterliegt.

Anderer Ansicht zufolge erwirbt der Auftraggeber den mittelbaren Besitz durch ein vom Beauftragten vorgenommenes Besitzkonstitut[168]). Den Abschluß des Konstituts halten die Vertreter dieser Ansicht für einen Vertrag, den der Beauftragte als Vertreter des Auftraggebers mit sich selbst gemäß § 181 vornimmt. Das Selbstkontrahieren dürfte zulässig sein, weil der Beauftragte lediglich in Erfüllung einer Verbindlichkeit handeln würde, wenn er für den Auftraggeber mittelbaren Besitz verschafft, wozu er auf Grund des Auftrags verpflichtet wäre. Demnach würde der Beauftragte als Vertreter des Auftraggebers mit sich selbst ein Rechtsverhältnis der in § 868 gekennzeichneten Art, in der Regel wohl einen Verwahrungsvertrag, abschließen. Die Vertreter dieser Ansicht gelangen, wie leicht einzusehen ist, stets zu denselben praktischen Ergebnissen; jedoch auf einem Umweg; denn die Schaffung eines besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses durch den Konstituenten erscheint entbehrlich, da bereits ein zur Besitzvermittlung geeignetes Verhältnis, nämlich der Auftrag, die Kommission usw., vorhanden ist. Außerdem erscheint es zweifelhaft, ob stets in dem Auftrag oder einem ähnlichen Geschäftsbesorgungsvertrag die Erteilung der zum Selbstkontrahieren erforderlichen Vertretungsmacht enthalten ist.

Es bleibt noch zu erwähnen, daß die Handlung eines Vertreters auch dann mittelbaren Besitz für den Vertretenen entstehen läßt, wenn der Vertreter den Herausgabeanspruch gemäß § 870 für den Vertretenen erwirbt. Es handelt sich jedoch auch hier in gleicher Weise wie in

---

167) a. a. O., II, 2d ζ zu § 868.

168) So Biermann, 2 zu § 930; Kreß, S. 206; Kohler, S. 6, 84 f.; Last, S. 100 ff.; Przibilla, S. 343 ff.; Rohde, XXI, S. 48 ff. Wie hier: Lindemann-Soergel, 1 zu § 930; Rosenberg, II, 2d ζ zu § 868.

dem zuvor erwähnten Falle nur um eine Vertretung im Abschluß des obligatorischen Vertrages und nicht um eine Stellvertretung im Besitz oder im Besitzerwerbswillen. Ein selbständiger, auf den Erwerb des Besitzes gerichteter Wille ist weder beim Mittler, noch beim Oberbesitzer erforderlich, denn der Besitzwille spielt hier dieselbe Rolle wie beim Erwerb des Besitzes im Falle des § 854 Abs. 1. Von einer Stellvertretung im Besitzerwerbswillen kann daher keine Rede sein.

d) Beendigung des mittelbaren Besitzes.

Geht man davon aus, daß der mittelbare Besitz den unmittelbaren Besitz des Mittlers und den auf einem Besitzmittlungsverhältnis beruhenden Herausgabeanspruch des Oberbesitzers zur Voraussetzung hat, so ist klar, daß der vermittelte Besitz des Oberbesitzers endet, sobald eine dieser beiden Voraussetzungen fortfällt. Deshalb verliert z. B. der bisherige mittelbare Besitzer seinen Besitz mit der Übertragung des Herausgabeanspruchs gemäß § 870.

Bei diesem Sachverhalt wechselt jedoch lediglich die Person des mittelbaren Besitzers; der mittelbare Besitz als solcher dagegen besteht fort. Dieser erlischt erst, wenn der Mittler den unmittelbaren (oder im Falle des § 871 den mittelbaren Besitz) oder den Herausgabeanspruch verliert. Im ersten Falle spielt es keine Rolle, ob der Mittler die Beendigung des Besitzes gewollt hat oder den Besitz ohne sein Wissen und Wollen verliert[169]), denn sobald der unmittelbare Besitz des Mittlers untergegangen ist, ist auch die durch ihn vermittelte tatsächliche Gewalt und damit der Besitz des Oberbesitzers beendet. Gelangt jedoch die Sache durch den freiwilligen oder unfreiwilligen Besitzverlust des Mittlers nicht in den Besitz eines anderen und bleibt der mittelbare Besitzer in der Lage, die tatsächliche Gewalt über die Sache selbst oder durch die Vermittlung eines Besitzdieners auszuüben, so ist unter entsprechender Verwendung des in § 854 Abs. 2 ausgesprochenen Gedankens, ein Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch den

169) Rohde, XXI, S. 71; Rosenberg, VI, 1 zu § 868.

Oberbesitzer anzunehmen[170]). Diese Verwandlung des mittelbaren Besitzes in unmittelbaren Besitz beruht nicht, wie vielfach angenommen wird[171]), auf der Fähigkeit des mittelbaren Besitzes, beim Wegfall des ihn beschränkenden unmittelbaren Besitzes „zum Vollbesitz zu erstärken" oder „sich zu konsolidieren"; dem mittelbaren Besitz eine derartige Verwandlungsfähigkeit zuzuschreiben, ist willkürlich und durch nichts begründet. Vielmehr handelt es sich hier nicht um eine Verwandlung des mittelbaren Besitzes in unmittelbaren, sondern um die Begründung neuen unmittelbaren Besitzes, dessen Entstehung nach Maßgabe der in entsprechender Weise anzuwendenden Vorschrift des § 854 Absatz 2 zu beurteilen ist.

Daß das Erlöschen des Herausgabeanspruchs stets die Beendigung des mittelbaren Besitzes zur Folge hat, wird von der Mehrzahl derjenigen Schriftsteller bezweifelt, die auch ein bloß vermeintliches Rechtsverhältnis der in § 868 gekennzeichneten Art, also auch bloß einen vermeintlichen Herausgabeanspruch für den Fall, daß der Mittler den Oberbesitzer anerkennt, zur Besitzvermittlung genügen lassen wollen. Wenn die Anhänger dieser Ansicht behaupten, daß der Untergang des Herausgabeanspruchs diese Wirkung nur haben könne, falls der Mittler dem Oberbesitzer die Anerkennung versage, und daß weiter auch beim Bestehen eines gültigen Besitzmittlungsverhältnisses und Herausgabeanspruchs dem Oberbesitzer der Besitz verloren ginge, sobald der Mittler nicht mehr für ihn besitzen wolle[172]), so ist dem zunächst entgegenzuhalten, daß eine

---

170) Ebenso Kreß, S. 215; Planck, 4b zu § 868; Rohde, XXI, S. 56; Rosenberg, VI, 1 zu § 868.

171) So Crome, 3. Bd., § 349, IIa; Endemann, 2. Bd, 1. H., § 32, 1b; Planck, 4b α zu § 868; Protokolle, 3. Bd., S. 330; v. Staudinger, V., 2a zu § 868; Strohal, S. 19 f. Dagegen: Kreß, S. 215; Rohde, XXI, S. 21, Anmerkung 4; Rosenberg, VI, 1 zu § 868.

172) So Biermann, 7b zu § 868; Crome, 3. Bd., § 347, Anm. 68, § 349, IIb; Dernburg, 3. Bd., § 12, 3; Endemann, 2. Bd., 1. H., § 31, 1c, § 30, Anm. 17; Goldmann-Lilienthal, § 3, 3b und Anm. 9; Kniep, S. 266; Planck, 4b β zu § 868; RGK. 6 zu § 868; Strohal, S. 110 ff., insbes.

derartige Ansicht im Gesetz keine Stütze findet. Planck[173]) glaubt allerdings ein subjektives Element aus der Fassung des § 868 herauslesen zu können. Durch das Wort „als" soll dieses Erfordernis aufgestellt sein. Indes läßt der Wortlaut dieser Vorschrift einen Schluß weder in der einen noch in der anderen Richtung zu. Aus ihm kann ein Argument weder für die bekämpfte noch für die hier vertretene Meinung hergeleitet werden.

Es war bereits darauf hingewiesen worden, daß sich ein Wechsel in der Person des mittelbaren Besitzers unabhängig von dem Wissen und Willen des Mittlers im Falle der Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 870) vollziehen kann. Daraus war gefolgert worden, daß das Bestehen des mittelbaren Besitzes nicht die Anerkennung des Oberbesitzers durch den Mittler zur Voraussetzung hat. Daß aber auch der Wille des Mittlers, fortan für sich selber zu besitzen, oder den Besitz einem anderen mittelbaren Besitzer zu vermitteln, keine Veränderung des Besitzstandes herbeiführt, kann zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz entnommen, wohl aber auf Grund praktischer Erwägungen als zutreffend angesehen werden. Der Oberbesitzer wäre, wenn wirklich sein Besitzstand im Belieben des Mittlers läge, der schonungslosen Willkür des Mittlers preisgegeben, was mit Rücksicht auf die Ersitzungslage und die für den mittelbaren Besitzer sprechende Eigentumsvermutung zu unbilligen Konsequenzen führen müßte; denn nach der durch die Nichtanerkennung des Oberbesitzers herbeigeführten Beendigung des mittelbaren Besitzes, könnte der Oberbesitzer eine Herstellung des bisherigen Besitzstandes nicht erzwingen, insbesondere wäre eine Klage auf Anerkennung des den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisses oder auf Feststellung dieses Verhältnisses zweck-

---

S. 112; Wolff, § 15, II, 2; a. A. Aravantinos, S. 116 ff.; Binder, S. 57, Anm. 76; Bruns, S. 158, 167; Cosack-Mitteis, 2. Bd., 1. H., § 10, III, 3; Fleck, S. 371 ff.; Kreß, S. 215 ff.; Leonhard, S. 73 ff.; Maenner, § 16, Anm. 21; Rohde, XXI, S. 76 ff.; Rosenberg, VI, 3c zu § 868; v. Staudinger, V, 2b zu § 868; Wendt, Besitzwille, S. 101 f.

173) 4b β zu § 868.

los. Deshalb ist daran festzuhalten, daß der Besitzmittler den mittelbaren Besitz des Oberbesitzers nicht gegen den Willen des letzteren beenden kann, sofern der Mittler nicht selber den Besitz aufgibt. Willigt der mittelbare Besitzer in die Beendigung seines Besitzes zugunsten des Mittlers, so wird man regelmäßig unter analoger Anwendung des im § 854 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatzes die Beendigung des mittelbaren Besitzes annehmen dürfen. Gibt aber der Besitzmittler selber seinen Besitz auf, so endet automatisch auch der Besitz des Oberbesitzers, es sei denn, daß diesem der Besitz fortan durch einen anderen Mittler vermittelt wird, oder daß er selbst unmittelbaren Besitz erwirbt. Der widerstrebende Wille des mittelbaren Besitzers ist einem solchen Verhalten des Mittlers gegenüber völlig ohnmächtig; er kann die Beendigung des vermittelten Besitzes nicht hindern, noch sonst irgendwelchen Einfluß auf die Erhaltung des Besitzstandes ausüben. Von einer Stellvertretung im Besitz zu sprechen oder gar die rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsnormen analog anzuwenden, ist also mit Rücksicht auf die rechtliche Bedeutungslosigkeit des Besitzwillens in diesem Falle am allerwenigsten gerechtfertigt.

Lebenslauf.

Ich, Gottfried Aschmoneit, bin am 9. Mai 1902 als Sohn des Regierungsbaurats Franz Aschmoneit und seiner Ehefrau Ida, geb. Mahlkow, in Beeskow a. d. Spree geboren.

Nach Besuch einer Privatschule in Labiau, der Mittelschule am gleichen Ort, der Guericke-Oberrealschule in Magdeburg, kam ich im Jahre 1916 auf die Hindenburg-Oberrealschule in Königsberg i. Pr., die ich zu Ostern 1922 mit dem Reifezeugnis verließ, um mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu widmen. Wirtschaftliche Gründe veranlaßten mich, nach Ablauf des ersten Semesters die für mein Studium notwendigen Mittel als Angestellter in verschiedenen kaufmännischen und industriellen Betrieben zu erwerben. Während meiner insgesamt fünfjährigen Tätigkeit wurde ich gezwungen, mit Rücksicht auf die beruflichen Verpflichtungen mein Studium dreieinhalb Jahre lang zu unterbrechen.

Ich habe an den Universitäten Königsberg i. Pr., Berlin, Erlangen und Rostock studiert.